

2023年

2 期

总第20期

七方法研

民商纵横 | 登记在后的担保物权为何能够优先受偿？——王晓鹏

家长里短 | 《上海市妇女保障条例》十大亮点解读 ——胡晓萍

罪与罚 | 卧底侦查需要承担刑事责任吗？——焦士凌



目录

民商纵横

工期纠纷中合理工期如何确定（一） -----01

工期纠纷中合理工期如何确定（二） -----06

工期纠纷中合理工期如何确定（三） -----10

登记在后的担保物权为何能够优先受偿？-----16

小区电力设施起火致损，业主应向谁追讨损失？-----23

商业租赁实际承租人与签约主体不一致之风险 -----29

家长里短

《夫妻共同财产申报令》之实务分析-----34

《上海市妇女保障条例》十大亮点解读 -----37

网络虚拟财产如何继承 -----41

罪与罚

出借、出租、出卖银行卡有何法律危险-----45

卧底侦查需要承担刑事责任吗？-----54

公司治理

股权激励所得是否属于劳动报酬？-----	55
----------------------	----

财税金融

签订劳务合同也可能成立劳动关系-----	61
设立家族信托之法律实务分析-----	66

聚焦劳动法

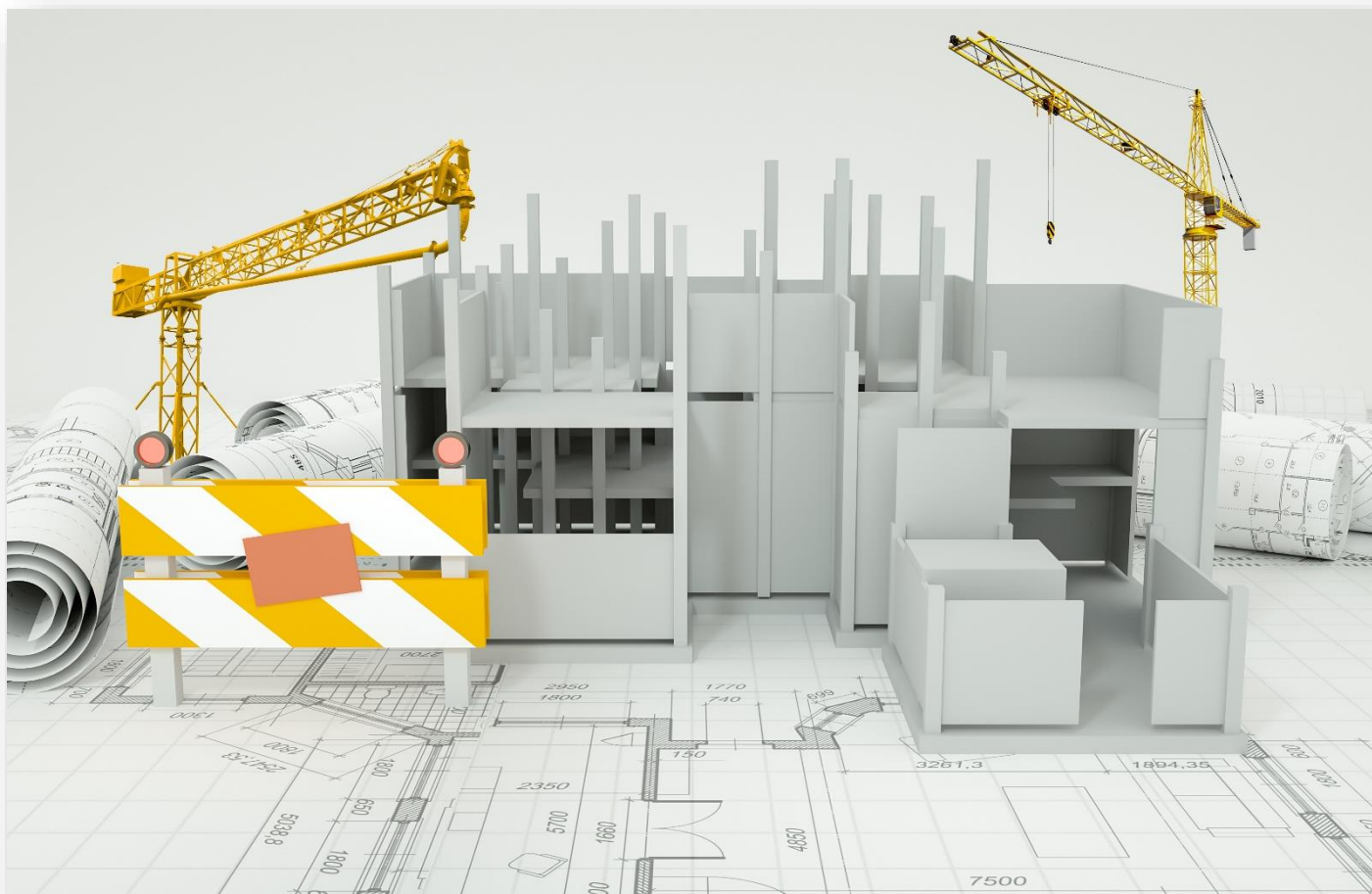
签订劳务合同也可能成立劳动关系-----	70
用人单位发放 OFFER 的法律性质分析-----	74
绩效工资差额实务分析-----	78

依法行政

《上海市城市更新条例》解读（上）-----	82
《上海市城市更新条例》解读（下）-----	86

知产知否

知识产权纠纷中适用赔礼道歉实务分析-----	91
------------------------	----



工期纠纷中合理工期如何确定（一）

作者：席绪军

在建设工程施工合同纠纷中关于工期延误的纠纷非常多，由于建设单位急于更早的将项目投入使用并获取收益，往往在招标文件中或者在其主导的合同文本中将合同工期限定的比定额工期还要短，而在工程实施中，往往会遇到由于各方过错或者混合过错导致的工期延误，针对工期是否可以顺延，如何判断工期延误原因和责任方，延误期间的损失由谁来承担，都会产生极大的争议，甚至最后对簿公堂。对此，建设工程工期的合理确定对于公平公正的处理双方争议就非常重要。本期文章主要针对各种工期的概念和相关法律、法规及规章予以介绍和分析。

定额工期

定额工期是在一定的经济和社会条件下，在一定时间内由建设行政主管部门制订并发布项目建设所消耗的时间标准。定额工期具有一定的法规性。对具体建设项目的建设工期确定具有指导意义，体现

了合理建设工期，反映了一定时期国家、地区或部门不同建设项目的建设和管理水平。定额反映的是一个平均的建设和管理水平所体现出的经济数据，与每一个承包方的实际水平是不完全一致的。

合同工期

合同工期是在定额工期的指导下，由工程建设的承发包双方根据项目建设的具体情况，经招标投标或协商一致后在承包合同中确认的建设工期。合同工期一经确定，对合同双方都具有强制性约束作用。对于投标或者签约的承包方来说，发包方提出的合同工期要求是一条硬性指标，投标文件所确定的工期如果超出了招标文件的工期要求，则会被判定对招标文件没有作出实质性响应，而丧失中标的机会。

工期争议

工程实践中，为了鼓励承包方充分发挥主观能动性，并调动各项资源，提前完成工程建设，使得建设工程早日投入使用发挥经济效益，发包方也会设置提前完工的奖励条款和逾期完工的违约（处罚）条款。当实际完工的工期期间超过了合同约定的工期期间时，发包方是否有权向承包方主张逾期完工的违约责任，承包方是否有权主张实际提前完工的奖励，会成为双方的工期争议的焦点。此时合理确定建设工程工期，就变得非常重要。

建设工程工期

合理的建设工程工期是指在不考虑各方违约导致的工期延误及不可抗力事件导致的工期延误的情形下，在合同工期的基础上加上可顺延的工期期间，最后得

出合理的建设工程工期期间，并根据该期间来判断承包方是承担违约责任还是获得提前完工的奖励。

法律规定

《中华人民共和国民法典》（以下简称“民法典”）第八百零八条“本章（建设工程合同）没有规定的，适用承揽合同的有关规定。”第七百七十八条“承揽工作需要定作人协助的，定作人有协助的义务。定作人不履行协助义务致使承揽工作不能完成的，承揽人可以催告定作人在合理期限内履行义务，并可以顺延履行期限；定作人逾期不履行的，承揽人可以解除合同。”第七百九十八条“隐蔽工程在隐蔽以前，承包人应当通知发包人检查。发包人没有及时检查的，承包人可以顺延工程日期，并有权请求赔偿停工、窝工等损失。”第八百零三条“发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，承包人可以顺延工程日期，并有权请求赔偿停工、窝工等损失。”第一百八十条“因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。”第五百九十条“当事人一方因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部

免除责任，但是法律另有规定的除外。因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。”

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（以下简称“建工司法解释一”）

第二条“招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。”第六条“建设工程施工合同无效，一方当事人请求对方赔偿损失的，应当就对方过错、损失大小、过错与损失之间的因果关系承担举证责任。损失大小无法确定，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的，人民法院可以结合双方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素作出裁判。”第十条“当事人约定顺延工期应当经发包人或者监理人签证



等方式确认，承包人虽未取得工期顺延的确认，但能够证明在合同约定的期限内向发包人或者监理人申请过工期顺延且顺延事由符合合同约定，承包人以此为由主张工期顺延的，人民法院应予支持。当事人约定承包人未在约定期限内提出工期顺延申请视为工期不顺延的，按照约定处理，但发包人在约定期限后同意工期顺延或者承包人提出合理抗辩的除外。”第十一条“建设工程竣工前，当事人对工程质量发生争议，工程质量经鉴定合格的，鉴定期间为顺延工期期间。”第二十二条“当事人签订的建设工程施工合同与招标文件、投标文件、中标通知书载明的工程范

围、建设工期、工程质量、工程价款不一致，一方当事人请求将招标文件、投标文件、中标通知书作为结算工程价款的依据的，人民法院应予支持。”

《建设工程安全生产管理条例》第七条“建设单位不得对勘察、设计、施工、工程监理等单位提出不符合建设工程安全生产法律、法规和强制性标准规定的要求，不得压缩合同约定的工期。”

《建设工程质量管理条例》第十条“建设工程发包单位，不得迫使承包方以低于成本的价格竞标，不得任意压缩合理工期。”。



从以上各层级的法律和法规可以看出，由于发包方不履行约定的合同义务或者法定义务，导致的工期延误期间可以顺延，承包方可以主张损失赔偿。质量鉴定合格的鉴定期间可以顺延工期。合同与招标文件、投标文件、中标通知书载明的工期不一致的，应当按照招标文件、投标文件、中标通知书作为结算工程价款的依据。无效合同可参照合同约定工期确定损失大小，并结合各方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素作出裁判。承包方有可以主张工期顺延的其他证据，即使

没有顺延签证，也可以得到法院的支持。两个条例虽然严禁发包方任意压缩合理工期和合同工期，但在各地的所谓献礼工程中还是会为了赶在某一重大节日或者会议期间完工，而随意压缩合理的建设工程工期。由于不可抗力事件导致的工期延误，各方均不对此造成的工期延误和损失承担责任。

限于篇幅，下一期将针对合理确定工期和规范工期管理的技术法规环节予以介绍，并针对工期纠纷的举证和合理工期的司法鉴定作出分析。



席绪军 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方建设工程与房地产法律服务部 主任

上海律协建设工程与基础设施业务研究委员会 委员

上海市工商联房地产分会法律专业委员会 委员

业务方向：建设工程、房地产、公司业务

联系方式：13611782519



工期纠纷中合理工期如何确定（二）

作者：席绪军

在上一篇文章《工期纠纷中合理工期如何确定（一）》中简单介绍了在法律、法规和规章中关于工期的相关规定，本期文章主要针对合理工期具体确定和调整的规定和技术方法。

一般而言，建设工程工期是否存在逾期的初步证明责任在承包方，因为实际的工期及开竣工日期要晚于合同约定的工期及开竣工日期，实际竣工日早于合同约定的竣工日的，通常无需施工方来抗辩不存在工期逾期的情况。有人要问了，既然实际竣工日早于合同约定竣工日，就可以确定无疑的判定不存在承包人工期逾期的情况，怎么还要承包方抗辩不存在工期逾期呢？这是因为，实际竣工的工程在施工过程中会发生设计变更、施工技术和施工方案的变化，实际需要的合理工期已经短于原来合同约定的工期，此时，仍然可能存在承包方逾期竣工的情况。发包方主张承包方存在工期逾期的违约行为，仅根据实际工期长于合同约定工期的简单事实是不够的，还需要根据承包方的抗辩主张提出其主张不成立的有力证据。

地方性指导意见

2022年7月1日北京市住房和城乡建设委员会发布的《关于合理确定建设工程工期和规范工期管理的指导意见》（以下简称“北京意见”），为合理确定建设工程施工工期，规范工期管理，保障工程安全和质量，根据法律法规，参照国际惯例做法，结合北京市实际，提出北京意见。

北京意见对于我国各地的建设工程的工期及其管理均有很好的借鉴意义。结合北京意见阐述合理确定工期及规范工期管理的具体做法，并在相关案件中提交证据，提出工期的司法鉴定，用于查明案件事实，维护自身的合法权益。作为建设工程施工合同纠纷案件的代理人应当对

以下概念或者知识予以了解：

一、施工工期的确定

上世纪 80 年代，深圳国贸大厦主体建设速度创造了三天一层楼的“深圳速度”。北京意见却明确规定，现浇钢筋混凝土主体结构的施工工期原则上不少于 7 天/层。《建设工程质量管理条例》第十条“建设工程发包单位，不得迫使承包方以低于成本的价格竞标，不得任意压缩合理工期。”从该条规定可以看出，在确保质量和安全的情况下，可以通过加大人财物的投入，通过调整和优化施工关键线路，还是可以压缩合理工期的，本条禁止的是毫无技术保障措施的任意压缩合理工期的行为。

依据工期定额来确定建设工程的定

额工期，招标文件中载明定额工期和招标人要求工期。无论是招标人要求的工期短于定额工期或者投标人的投标工期短于招标人要求的工期的，招标人和投标人都应当明确保障工程安全、质量和工期的技术措施，并按相关规定足额计取赶工增加费并在最高投标限价中单独列出。投标工期短于定额工期的幅度超过规定的，应当组织专家论证相关技术措施。合同工期应当与中标人的投标工期一致。

非招标工程的合同工期短于定额工期的，承包人应当明确保障工程安全、质量和工期的技术措施并足额计取赶工增加费，且赶工增加费不得作为让利因素。

二、合同关于工期及进度管理的要求

合同条款中应当明确计划的开竣工日期及工期，开工日期的确定，进度管理人员配备，进度计划编制要求，确认的程序和期限，确认工期顺延的程序和期限以及工期应予顺延的情形，工期延误和干扰

事件的责任承担原则，保障工程安全、质量和工期的技术措施要求。

发承包人应当及时确定导致工期延误的原因及责任方，及时调整和优化关键线路，避免出现项目最终的延期竣工。

三、关键线路工期延误与工期顺延

合同不得违法约定任何情况下均不予顺延工期。某些情形导致关键线路工期延误的，合同工期应当予以顺延。如合同约定的变更、法律法规的变化，发包人原因导致的未及时交付图纸资料、甲供材，逾期支付工程款，未及时检验，未及时交付作业面，平行发包的专业工程迟延开工或迟延施工，未按照合同约定发出指令，发现文物古迹，不可抗力、不利物质条件、异常恶劣天气或者政策性原因导致的停工，包括非承包人原因的停水停电造成停工超过合同约定时间，等等情形导致关键线路工期延误均应当顺延工期。

从以上规定可以看出，不是说发生了这些情形就一定可以工期顺延，还要看发生的这些情形是否足以导致关键线路工期延误，那么什么是关键线路？

关键线路又称关键路径，为线路上总的工作持续时间最长的路线，即工期最长的路线。一个项目的关键线路可能不止一条，关键线路在网络图中可用双箭线、粗

实线来表示。关键线路主要用于各类项目的计划制定和其进度的监控。

在双代号网络计划中，关键工作是指总时差最小的工作。而最迟完成时间与最早完成时间相差最小或者最迟开始时间与最早开始时间相差最小的工作就是总时差最小的工作，就是关键工作。

（一）关键线路的确定。1、从网络图起点开始到终点为止，工期最长的路线即为关键线路。2、将网络图起点开始到终点工作总时差为0或为最小值的关键工作串联起来，即为关键线路。3、将时差为最小值的节点串联起来，即为关键线路。

（二）关键工作与非关键工作。关键工作是进度控制的重点，关键工作一旦出现拖延，必然导致整个进度的延期。因此，控制了关键工作的进度也就控制了施工进度。非关键工作尽管不是进度控制的重点，但当非关键工作的延误超过了总时差时，就会转化为关键工作，因此，对那些总时差较小的非关键工作，也应给予足够的重视。

举个例子，一个酒宴需要做 20 道菜，其中一道煲汤菜，需要 10 个小时，而其他的煎炒烹炸或炖菜最多只需要十几分钟或者两三个小时，那么这个酒宴的关键线路就是围绕煲汤来进行，从准备煲汤的材料到最终端上餐桌共计 10 个小时，其他的菜品可以穿插进行，根据上菜的次序依次进行制作，如果这个汤中途煲坏了，需要重新煲汤，则“工期”必然就延误了，那么如果是客户要求更换的，则当然“工期”顺延。本来炖菜不是关键线路上的关键工作，但是由于原材料出现问题，需要重新采购，需要的时间由原来的 3 小时，变成了 5 小时，则炖菜就可能由原来的非关键工作，变成了关键工作，关键线路就变成了炖菜的制作，当然如果可以通过不

同菜品的制作时间和上菜次序的调整，将炖菜增加的时间予以消化，则炖菜的 2 小时延误不会导致关键线路产生变化，如果不能调整，且该延误时间最终导致整个酒宴完成时间延误，关键线路就发生了变化，并最终导致关键线路的“工期”延误。

建设工程的各项工作千头万绪，远比做一桌菜要复杂的多，一般来说地基基础和主体结构的施工都会关键线路上，再加上进行分段施工和不同工种的配合施工，使得关键线路和关键工作的变化就变得更加复杂，其中某一项或某几项工作延误是否会对最后的工期产生影响，是否可以通过调整来减少影响，都是一个需要仔细研究的问题。

限于篇幅，本期只能对影响工期的各种因素予以介绍，第三期再针对工期纠纷的举证和合理工期的司法鉴定作出分析。



工期纠纷中合理工期如何确定（三）

作者：席绪军

本期文章更多的是从诉讼角度来介绍，哪些文件与确定合理工期有关，从而达到合理确定工期，进而认定工期责任和达到工期索赔目的，并简单介绍工期司法鉴定的难点和注意要点。

一、关涉工期的文件主要有哪些？

（一）合同关于工期的约定

通常合同在工期条款中会约定暂定是约定在何种情形下，工期可以顺延，工期的开竣工日期及工期，并约定具体的开工期损失可以主张，工期延误导致可以主张时间以开工令的日期为准。同时合同中还解除合等等，包括主张的具体方式。任

何情况均不顺延工期的约定通常是无效的，这样的约定免除了发包人的合同责任，加重了承包人的合同义务，明显有违公平正义。

（二）施工组织设计文件

施工组织设计文件是指导施工全过程的纲领性文件，也是发包人或者监理对施工过程监督考核的重要依据，是关于质量、工期、文明施工及环境保护等指标的依据，其中人材机的施工安排与工期网络进度的变化调整息息相关，既是双方确定合理工期的文件依据，也是双方工期索赔的重要依据。

实践中，有很多的施工组织设计文件都是抄作业，并没有根据项目实际情况编制，施工中也并没有按照施工组织设计文件安排工作，这种情况下一旦产生工期纠纷，通常对承包人是**不利的。因为抄作业必然会导致无法根据施工组织设计文件来判断是否影响了关键工作和关键线路，也就无法认定合理工期。

（三）开工令

承包人收到发包人的开工令时，应当核对是否达到了开工的条件，比如设计文件的交付与设计交底，具备施工条件的场地交付，施工许可证已经办理，合同约定的预付款已经支付，等等。如果存在这些问题，承包人应当立即向发包人提出开工令的开工条件不具备，实践中有些承包人急于开工，甚至在尚未接到开工令的情况下或者已接到开工令但施工条件并不完全具备的情况下，就盲目组织人材机进场施工，在日后产生工期纠纷时，就有可能被法院认定实际进场施工时间就是真正的开工时间，而不再考虑是否具备施工条件的情况。

（四）工期签证（包括会议纪要等）

当发生了原勘察未发现的不利情况，等相关情况处理后才能重新施工。当发包人如古河道、文物古迹等情况，则工程需要人或设计单位作出设计变更时，需要承包

人的施工技术人员及时的判断，该变更是否影响关键工作的工作时长。当出现停水、停电达到了合同约定的时长或者发包人对隐蔽工程的验收延误，都应当顺延工期。还有甲供材的逾期交付和工程进度款的逾期支付，当发生以上情况时，承包人应当及时办理工期签证手续。如发包人拒绝办理签证手续，则可以通过发送书面文件、电子邮件并保留送达证据的方式为日后解决工期纠纷打下基础。必要时可以根据合同约定或者法律规定向发包人发出停工通知，待条件具备后再恢复施工。

（五）不可抗力事件报告文件

当施工中发生不可抗力事件时，应当及时向合同相对方发出报告文件，详细报告不可抗力事件对项目的不利影响后果，

当出现是由于承包人自身原因导致的工期延误，则发包人可以追究承包人的工期责任，并要求赔偿合同约定的工期赔偿金，发包人在项目可行性研究报告中预测的项目运行利润，可以作为因承包人原因的工期延误导致预期可得利益损失主张的依据，前提是在承包合同中予以说明，便于承包人知道或者应当知道。

尤其要注意，当合同中约定承包人未在约定期限内提出工期顺延申请视为工期不顺延的，承包人需在期限内及时提出申请。

针对已经造成的损失进行汇报，根据不可抗力免责规则，不可抗力事件造成的各方损失由各自承担，但工期应当予以顺延。

（六）工期归责的基本原则

承包人自身原因导致的工期延误，工期不顺延，赶工费用自行承担，如最终竣工工期被延误，则承担发包人因此产生的损失。发包人原因导致的工期延误，工期

顺延，并承担承包人因此产生的人材机的窝工停工损失，如发包人提出赶工要求，则承担赶工费用。

二、工期纠纷的司法处理路径

（一）工期纠纷的发起

承包人通过诉讼途径主张支付工程款，发包人反诉工期延误损失，这是最常见的情形。也有承包人向发包人主张工期延误的人材机经济损失。当双方已经办理竣工结算后，因为发包人未能及时支付工程款时产生纠纷，此时，双方均无权再提起所谓的工期延误损失，这是因为结算协议就是一揽子解决工程结算所有问题的协议，在此结算协议中未主张的工期损失

应视为已经放弃，这一观点在七方法苑之前的文章中有过详细阐述。

有人认为工期延误的判断不需要专业知识，而仅凭普通生活常识判断即可得出结论，这恰恰是不知道施工进度管理中的关键线路的重要性，认为所有的延误事件就一定会影响工期总时长，只要加上延误的期间即可，实践中绝非如此简单。

（二）工期索赔的时效问题

建设工程办理竣工验收后，工期索赔的三年诉讼时效开始起算，如果办理了竣工结算，则无权再向对方主张工期索赔，如果没有办理竣工结算，则超过三年未主

张工期索赔的，法院不再支持。笔者在上海市青浦区法院代理的某工程纠纷案件中，法庭就支持了笔者关于时效的抗辩意见。



（三）工期司法鉴定

不论是哪一方对方提出的工期索赔，提出工期司法鉴定申请的一定是承包人，因为不论工期延误的责任方是谁，工期延误的表象都是对承包人不利的，承包人需要向发包人提出或证明导致工期延误的原因不是本方造成的。发包人提出工期索赔，只需要指出实际工期长于约定工期这一基本事实，再证明工程因延期竣工导致的损失即可。

施工过程资料的真实性和完备性，是鉴定机构能否对工期纠纷作出鉴定意见的前提。有些工期鉴定会由于承包人无法提供资料而无法进行，因此加强施工管

理，注重资料的收集和整理，并及时向发包人提交工期顺延申请，就变得非常重要。

合理工期的司法鉴定主要是依据合同约定、施工组织设计文件中的施工进度计划、联系单、签证、会议纪要、政府文件以及施工组织设计规范、建筑安装工程工期定额等资料。

承包人发起司法鉴定前，需要自己做出风险预判，根据现有材料进行分析，判断延误事件是否影响了关键线路上的关键工作，且该关键工作是否可以通过调整来优化关键线路，最终达到不影响总工期



时长。在可以通过优化且不增加费用的情况下，承包人未能进行合理调整，任由工期被延误，其工期顺延的要求能否被法庭支持，是存在风险的，除非承包人有未能合理调整的正当理由。此外，比如发包人的某项甲供材未能按照供料计划时间到达施工现场，该项甲供材的使用时间就在关键线路上，或不在关键线路上，但延误时间影响了总工期时长，则必须顺延工期。

目前工期鉴定的难点，一是，鉴定人员及机构的鉴定资质不明确，不像工程造价鉴定，有造价工程师进行鉴定，当下工程监理负责工程进度的管理和监督，监理

工程师应当具备鉴定资质；二是，鉴定人员只能判明具体的工期延误事件是否对合同工期造成影响，但不能判定造成工期延误事件的责任方，责任归属还是由法院来判定；三是，实践中工期鉴定的案例非常少，在产生工期纠纷争议时，可引入专家辅助人向法庭解释工程管理的专业问题，争取法官依照对本方有利的理解作出内心确认；四是，由于影响工期事件的复杂性、多样性要远大于影响成本和质量的因素，导致工期鉴定意见的不确定性要远大于造价鉴定和质量鉴定，法官是否采纳工期鉴定意见的风险也很大。

作为解决工程纠纷的律师来说，在接案分析阶段要尽可能考虑所有影响工期的情形，不可盲目将问题简单化，在诉讼阶段则需要将复杂问题简单化，给法官提供简单明确的工程专业判断方向，即便出现无法鉴定或者鉴定意见对本方不利的情形，也可以通过鉴定中存在的疑难复杂的争议焦点，获取对本方更有利的裁判结果。



登记在后的担保物权为何能够优先受偿？

作者：王晓鹏

明明是最先登记的担保物权，为何在受偿时顺位排在他人之后？《民法典》《民法典担保制度司法解释》颁布实施之后，对传统的动产担保物权的登记及清偿顺位规则带来了哪些改变？我们在设立动产担保物权时又要注意防范哪些风险？本文为您简要分析一二。

案例一：甲与乙签署动产浮动抵押担保合同，并办理了抵押登记，合同约定乙以未来半年内购入的生产设备为甲向其出借的款项提供抵押担保。

乙在签署动产浮动抵押合同后的第二个月，又向丙购买了某生产设备，因乙

未能全额支付设备款，丙与乙约定以该设备作为抵押物，担保设备款的支付，丙向乙交付了设备后，于第五天办理了抵押登记。

后因乙未能按期支付设备款，丙要求行使抵押权，就该设备拍卖、变卖款项优



先受偿。甲提出异议，认为自己的浮动抵押登记在先，乙购入的设备应优先担保甲债权的实现。

案例二：甲向乙出借款项，为担保债权的实现，乙同意以自己3月1日刚从丙处购买的汽车提供质押担保，甲经过查询，确认车辆上没有登记其他担保物权，于是与乙签署质押担保合同，并于3月3日进行了质押登记，乙将汽车交付给甲占有。

因乙并未全额支付购车款，车辆的卖家丙也要求乙以该车辆为剩余车款提供抵押担保，乙丙遂于3月7日办理了抵押登记。

后由于乙未能按期支付剩余车款，丙向法院起诉，要求行使抵押权，就车辆拍卖、变卖的款项优先受偿。甲提出异议，

经法院判决，抵押权登记在后的丙公司反而优先于甲公司受偿债权。

认为自己的抵押权登记在先，车辆拍卖款应优先清偿甲的债权。

经法院判决，抵押权登记在后的丙反而优先于登记在先的甲受偿。

上述两个案例共同点在于，他们都“颠覆”我们关于担保物权受偿顺序的传统认知，在《民法典》没有颁布之前，同一担保物上设立多个担保物权的，且都办理了登记的，除留置权以外，一般都是以登记先后顺序确定优先受偿顺序。然而《民法典》《担保制度司法解释》出台后，上述认知将发生重大转变，登记在先的担保物权权利人将不一定能够获得优先受偿。

律师解析

一、法律规定

出现这种转变的原因在于，《民法典》《担保制度司法解释》规定了一种“超级优先权”制度，即“购买价金优先权”。

根据《民法典》第四百一十六条：“动产抵押担保的主债权是抵押物的价款，标

的物交付后十日内办理抵押登记的，该抵押权人优先于抵押物买受人的其他担保物权人受偿，是留置权人除外。”

又根据《担保制度司法解释》第五十七条：“担保人在设立动产浮动抵押并办

理抵押登记后又购入或者以融资租赁方式承租新的动产，下列权利人为担保价款债权或者租金的实现而订立担保合同，并在该动产交付后十日内办理登记，主张其权利优先于在先设立的浮动抵押权的，人民法院应予支持：

（一）在该动产上设立抵押权或者保留所有权的出卖人；

（二）为价款支付提供融资而在该动产上设立抵押权的债权人；

（三）以融资租赁方式出租该动产的出租人。

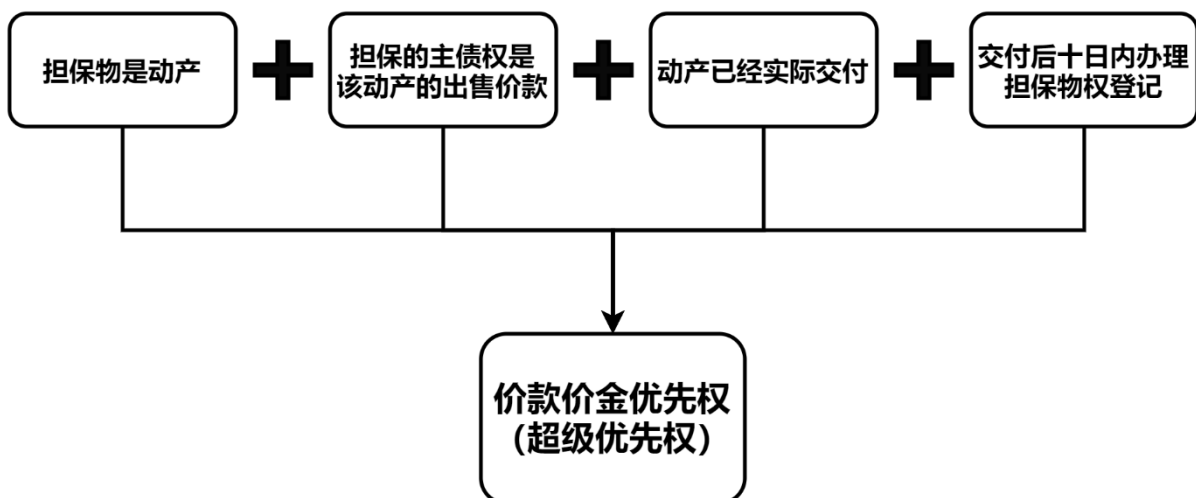
买受人取得动产但未付清价款或者承租人以融资租赁方式占有租赁物但是未付清全部租金，又以标的物为他人设立担保物权，前款所列权利人为担保价款债权或者租金的实现而订立担保合同，并在该动产交付后十日内办理登记，主张其权利优先于买受人为他人设立的担保物权的，人民法院应予支持。”。

二、“超级优先权”的构成及影响

上述法律规定是民法典时代下对于担保物权清偿规则的一次重大突破，自《民法典》及《担保制度司法解释》正式

颁布实施后，登记在先的担保物权将面临无法优先受偿的风险。

法律认可的“超级优先权”，需要具备以下要素



1. 对动产浮动抵押制度的冲击

从上述规定不难看出，受到新的动产价金优先权冲击最为严重的就是动产浮动抵押规则，比如案例一的情形。此前浮动抵押权人无需特别关注担保人新购入的动产是否存在抵押，因为一旦设立了动产浮动抵押，后续购入的动产的抵押登记都不会早于在先的浮动抵押登记，其优先受偿权也不会受到影响，但是在新规则下，浮动抵押权人需要特别关注新购入的动产上登记的担保物权情况，并及时作出应对，以免优先受偿落空。

2. 一般债权人的注意事项

对于动产出售人或购买价款融资人以外的其他债权人，在和债务人协商就某项动产设立担保物权的时候，也要比之前更加谨慎，具体而言，就是不但要查询该动产上是否有其他在先登记的担保物权，还要关注该动产的交付时间，如果该动产的交付时间还未满十日，建议暂缓出借款项，因为此时即使债务人在此期间为债权人提供了动产担保，并办理了登记，但是只要动产交付未满 10 日，动产的出售人

或者为购买动产提供融资的债权人在这个时限内也办理了抵押登记，仍然优先于在先登记的债权人受偿，也就是案例二的情形。

3. 关键窗口期

对于动产的出售人或者为购买动产提供融资的债权人，则建议充分利用“超级优先权”的有利规定，切记在动产交付后十日内办理针对动产出售价款或购买融资款的担保物权登记，一旦在限定的时限内完成登记，那么债权人就享有了针对该动产的“超级优先权”，过时不候，千万不要错过。

4. 留置权例外规定

虽然《民法典》及《担保制度司法解释》新规定了“购买价金优先权”，但是这里的“优先”仍然没有突破留置权的“王者”地位。在加工承揽、仓储、货物运输、保管等合同中，只要债权人基于债权合法占有了债务人的动产，仍然可以主张以留置的动产优先受偿，即使是“购买价金优先权”也无法撼动其王者地位。



三、关于登记制度

前文中多次提到一个制度——“登记制度”，《民法典》颁布实施之后，登记成为动产担保的重要法定要件，未经登记的动产担保物权在对抗第三人效力上、清偿顺位上都可能面临不利的影响，既然登记就尤为重要，那么去哪里登记，登记应遵循什么样的规则呢？

《民法典》出台和实施之前，我国担保物权的登记机构非常分散，没有形成统一归口，不动产抵押、动产或权利的抵押、质押，其相应登记分散由归口的各行政登记机关负责。

关于动产和权利担保物权的登记，一般动产（生产设备、原材料、动产存货等）

的担保由各级市场监督管理部门负责登记但没有实现全国登记数据联网，特殊动产（飞机、船舶、机动车）以及债券、基金份额、股权、知识产权中的财产权等资产的担保权益由相关主管部门负责登记，应收账款质押登记则归由中国人民银行征信中心（以下简称“征信中心”）负责。

随着《民法典》的颁布实施，为配合动产权利担保登记法律规定的统一实施，2020年12月22日，国务院发布《国务院关于实施动产和权利担保统一登记的决定》，明确自2021年1月1日起，全国范围内实施动产和权利担保的统一登记；根据该决定，中国人民银行颁布《动产和权利担保统一登记办法》（中国人民银行令〔2021〕第7号，以下简称“《统一登记办法》”）明确自2022年1月1日起，当事人应通过中国人民银行征信中心动产融资统一登记公示系统办理动产和权利担保登记。

自此，《民法典》《民法典担保制度司法解释》中规定的动产及权利担保登记制度落在了实处。

根据《统一登记办法》第二条，可以在该系统中办理担保登记的类型包括：

“（一）生产设备、原材料、半成品、产品抵押；（二）应收账款质押；（三）存款单、仓单、提单质押；（四）融资租赁；（五）保理；（六）所有权保留；（七）其他可以登记的动产和权利担保，但机动车抵押、船舶抵押、航空器抵押、债券质押、基金份额质押、股权质押、知识产权中的财产权质押除外。”

从该条文可以看出，包括所有权保留、融资租赁、保理等非典型性担保方式也一并纳入了本次统一登记的范围。而第（七）项所列的特殊动产和权利由于其本权登记的特殊性，仍然沿用原有的担保登记模式，具体如下：



担保类型	登记机构
机动车抵押	车辆登记地公安交通管理部门车辆管理所
船舶抵押	船籍港海事局船舶登记部门和农业渔政管理部门（仅适用于渔船）
民用航空器抵押	国务院民用航空主管部门，即中国民用航空局航空器权利登记部门
债券质押	有权利凭证的将权利凭证交付给债权人并在债券上作质押背书，无权利凭证的应到相应机构办理出质登记，其中： 银行间债券： 中央国债登记结算有限责任公司（以下简称“中债登”，包括质押式回购、双边借贷、远期交易、中央借贷质押业务等）； 银行间市场清算所股份有限公司（即上海清算所）（超短期融资券、非公开定向债务融资工具等产品的非交易性质押登记）； 交易所市场债券：中国证券登记结算有限责任公司（以下简称“中证登”）。
基金份额质押	登记在中证登的证券登记结算系统内的基金份额（一般是涉及场内交易的证券投资基金，如ETF和LOF），应在中证登办理质押登记； 私募基金份额： 公司型私募基金份额：我们理解参照股权出质登记； 契约型私募基金份额：尚无明确的登记机构，实践中一般在基金管理人处进行登记； 合伙型私募基金份额/合伙企业财产份额：目前尚未统一规定，部分省市（如浙江）为质押标的所在地区（县）市场监督管理部门办理。
股权质押	在证券登记结算机构已登记的股份有限公司（上市公司）股权：由中证登办理； 有限责任公司：由标的公司所在地区（县）市场监督管理部门办理。 非上市股份有限公司股权：理论上在标的公司所在地区（县）市场监督管理部门办理出质登记。但实践中各地不同，部分地区（山东、湖南、江西等）在市场监督管理部门办理出质登记，同时需要到股权登记托管部门办理出质股权冻结手续。
知识产权中的财产权质押	著作权中的财产权质押，由国家版权局办理； 注册商标专用权和专利权中的财产权质押，由国家知识产权局办理。

结语

《民法典》时代下，担保制度发生了一系列重大的改变，企业和个人应及时调整观念，适应新形势下的法律规定，特别是供应链行业，律师建议一定要重点关注“购买价款优先权”这个超级优先权，在开展业务的过程中一方面有意识地主动设置“购买价款优先权”，一方面也要注意防范传统的担保业务落入优先顺位丧失的不利局面。

王晓鹏 律师

上海七方律师事务所 管理合伙人

七方企业合规法律服务部 主任

上海市创优中小企业人才服务中心 讲师

徐汇区《民法典》宣讲团讲师

业务方向：侵权损害赔偿纠纷、合同纠纷、
不良资产处置

联系方式：17621356262





小区电力设施起火致损，业主应向谁追讨损失？

作者：邵弘高娃

一、案情简介

2018年9月20日晚，上海市某小区5号楼发生火灾，造成李某等多名业主的财物损失。经消防部门认定，起火原因为5号楼强电间内东侧电缆桥架内电缆线故障。由于协商未果，业主将电力公司、开发商、物业公司告上法庭，要求三方承担连带责任。

电力公司辩称，火灾起火点存在于小区开发商自行建造的电力设施部分，属全体业主共有，应当由全体业主共同管理。

开发商及业主也未将上述电力设施交付电力公司管理维护，因此不同意承担任何赔偿责任。

开发商称，小区交付时经相关部门验收合格，业主购买涉案房屋后，小区相关电力设备属全体业主共有，故不同意承担任何赔偿责任。

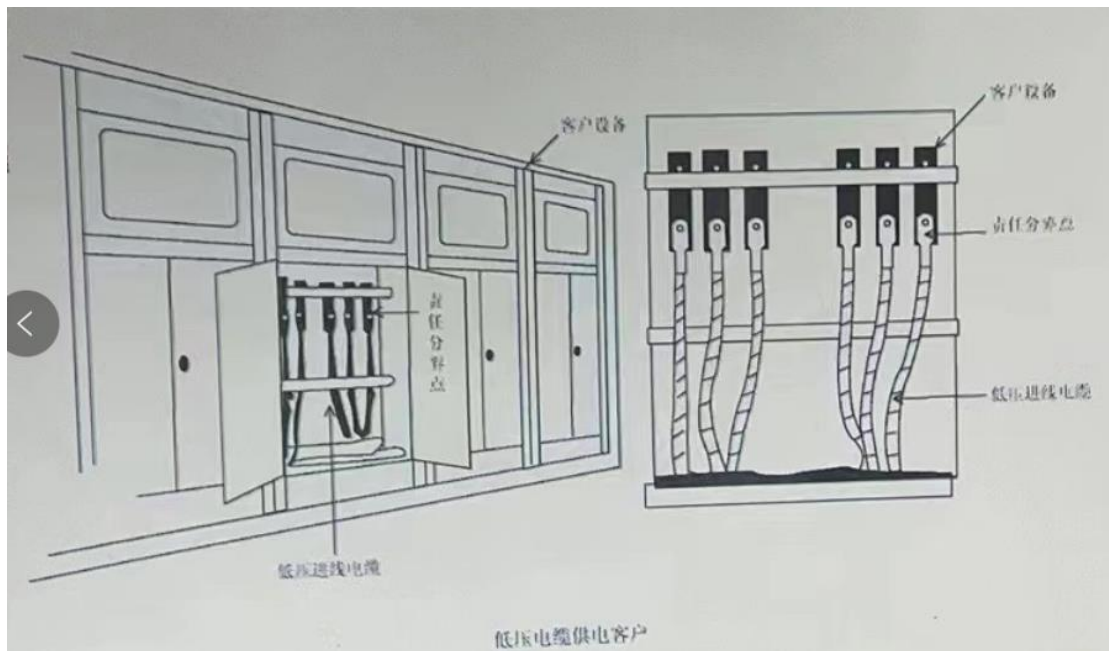
物业公司则认为，经消防部门勘察确定，火灾起火点位于全封闭的电缆桥架内，其作为物业管理单位，没有能力进行

日常维护。事发后，物业及时报警，并配合政府部门进行了大量的善后工作，已尽到了物业管理服务义务，故不应当承担任何赔偿责任。

二、争议焦点

1. 起火部位的设施归谁所有？由谁管理？

电力公司与开发商签订《低压供用电合同》后，至小区进线柜处接入低压进线电缆。为免争议，合同中会约定低压进线电缆的所有权归电力公司，由电力公司承担事故责任，而在电缆与小区设备接入之后的位置，产权归用电人，由其承担事故责任（如下图所示）



上图中的设备是属于小区总设施，开发商需要将该设施与每户的分户计量表相连接（共有部分），再由分户计量表入户（专有部分）。而此次发生火灾的起火点正是处于总设施与分户计量表之间的电缆上。

本案发生在《民法典》生效之前，依照《物权法》第七十条“业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利”。因此，小区内公共电力设施为全体业主所共有和共同管理。

2. 业主是否需要承担责任？

虽然业主对小区共有部分进行共同管理，但其授权物业公司进行小区管理、设施维护，业主并无检查或维护义务。除

业主违反安全用电规定或其他过错导致火灾事故的，不应承担责任。

3. 物业公司是否需要承担责任？

根据《上海市住宅物业管理规定》第七十二条第二款，“物业服务企业应当根据物业服务合同的约定，履行物业维修养护义务”。而上海市市场监督管理局发布的《住宅物业管理服务规范》中对物业日常管理共用设施的要求主要是保持公共电

器箱柜处于上锁、表体干净的状态。

本案中，由于没有证据能证明物业对5号楼强电间内东侧电缆桥架的检查和维

护负有法定义务或约定义务，物业也没有存在因随意堆物等疏于管理等行为导致火灾隐患，在火灾事故后处置尚属及时。因此，物业公司也不应承担责任。

附录 E
(规范性附录)
共用设施设备日常管理标准

共用设施设备日常管理标准，应符合表 E.1 的要求。

表 E.1 共用设施设备日常管理标准

项目	设施设备名称	维护管理要求
	公共电器箱/柜	1) 公共电器箱柜应上锁，表体干净； 2) 变(配)电柜运行正常，符合运行参数要求；电气连接可靠紧固；进出电缆封堵严密，通风、门锁、接地完好； 3) 有高压变电/配电的，高压用具应配置齐全，检测合格； 4) 突发事件响应快速，故障维修及时

4. 电力公司是否需要承担责任？

《物业管理条例》第五十一条第一款规定“供水、供电、供气、供热、通信、有线电视等单位，应当依法承担物业管理区域内相关管线和设施设备维修、养护的责任”；《上海市住宅物业管理规定》第六十条“供水、供电、供气等专业单位应当承担分户计量表和分户计量表前管线、

设施设备的维修养护的责任”。由此可见，起火设施应当由供电专业单位进行维修养护。

据此，法院认为电力公司作为供电专业单位，应当依法承担分户计量表和分户计量表前管线、设施设备的维修养护的责任。但是，供电专业单位的维修、养护责

任应当严格依法限定在法律法规所明确规定的范围以内，不宜对上述责任范围作无限扩大。本案现有证据无法证明电力公司在事发前接到涉案电缆线等电力设备的报修通知，也无证据证明电力公司存在

应修未修的情形，且现有证据亦无法证实电力公司疏于养护导致涉案房屋存在供电不正常等情形，故难以认定本次火灾事故与电力公司存在法律上的因果关系。

5. 开发商是否需要承担责任？

按照法律规定和合同约定，开发商需要确保其交付的房屋能够安全和正常使用，也应当确保包括涉案配套电缆线在内的配套设施、设备的安全和正常使用。开发商的质量保证义务，并不因两年保修期届满而消弭。由于起火电缆线等电力设备系由开发商负责施工，2012 年竣工并全装修交付，2018 年 9 月 20 日发生本次火灾事故。根据现行的国家标准，电缆线的

正常使用寿命应长达数十年，但在本案中，开发商建设的房屋在交付后仅 6 年即因电缆线故障引发火灾，且开发商不能举证证明其在开发建设涉案房屋时安装的电缆线符合应有的标准。

最终，法院判决由开发商对本次火灾事故及其损失承担损害赔偿责任。开发商不服提起上诉，二审法院仍维持原判。

三、律师观点

本案讨论的是一个比较特殊而又很可能在小区内发生的法律问题。在实际分析案例的过程中发现，虽然法律规定对于各方的义务有所明确，但对于存在义务交叉或不甚明确的部分，法院在适用时非常

慎重。律师检索案例后发现，不难看出法院对供电企业的维修养护义务判定要求是比较明确且提出高要求的。在未能证明存在第三人过错的情况下，电力公司、物业公司、开发商均可能承担一定责任。



序号	案号	火灾原因	判决责任	理由
1	(2020) 沪 0115 民初 51268 号	强电间内东侧电 缆桥架内的电缆 线故障	开 发 商 100%	开发商施工，结合小区交付时间、电缆使用时间判定。
2	(2016) 沪 0115 民初 23650 号	熔断器烧毁，排 除雷击、物质自 燃、外来火种引 发火灾的可能， 无法排除电气线 路引发火灾的可 能	使 用 者 60%，供电 单位 40%	供电单位对表前电力设施巡查、维护的义务未尽足，一定程度上增加了火灾风险，负有次要责任。
3	(2015) 沪 二中民一 (民)终字 第 1686 号	电表箱内电气短 路引燃周边可燃 物	供 电 单 位 主责，物业 次责	起火点在电表箱，属于供电单位负责维护检修的范围，并无证据证明发生电气线路短路是因电流过载所致，并且如果电气线路因超过一定使用年限而存在老化的情况，供电单位亦应在定期巡查中及时发现并向物业管理单位提出更新改造的建议。
4	(2014) 浦 民一(民) 初字第 10469 号	电表箱内电气短 路引燃周边可燃 物	私 接 电 线 者 60%，供 电单位 40%	供电单位对张某、朱某私接线路疏于管理，未能及时发现事故隐患，导致线路故障引发火灾。
5	(2014) 黄 浦 民 二 (商)初字 第 799 号	配电间平时无人 维护、任意堆放 易燃物与电气故 障不能被及时发 现	实 际 使 用 人、管理 者、供电单 位 (10%)	供电单位作为受电设备的监督管理机构，对配电间堆放易燃物未加以及时纠正，负有疏于管理、监督之职责，亦负有相应的过错。



案件的发生，提醒我们如何更好地做好小区管理，保障业主的权利。在此律师提出以下建议：

1、业主可委托物业公司与负有法定维修养护义务的供水、供电、供气、供热、

通信、有线电视等单位签订定期维修养护服务合同，在物业日常巡护之外，增添一份更专业有效的保障；

2、业主可考虑购买商业财产保险，以确保损失出现时的索赔便利。



邵弘高娃 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公共法律服务部 律师

业务方向：不动产征收、社会公共服务、
企业法律顾问

联系方式：13127986251

商业租赁实际承租人与签约主体不一致之风险

作者：王年俊

司法实践中经常出现由法定代表人或者公司其他发起人以个人名义签订租赁合同的情形，而房屋的实际使用主体往是公司。此种以个人名义签订的租赁合同因签约承租方和实际承租方不一致，因此在租赁合同纠纷中也就出现了对租赁合同主体的争议。作为合同相对人（名义承租人）的法定代表人或发起人是否需要承担合同责任？本文将用过案例进行解析。

一、商业租赁关系中的承租人，应当进行实质分析，而不应仅以书面合同来认定。

在商品房买卖合同一般都会明确约定交房时间，并会明确买卖双方逾期付款或逾期交房的违约责任，包括支付违约金及违约金的计算方式，此外，超过一定期限的，另一方就享有单方解除权。因此交房时间的确定对于开发商是否需要承担违约责任有着重要的意义。其中最容易产生争议的就是是否因房屋质量问题而逾期交房。

1. 案例介绍

谢某为经营生物科技公司需要，于2016年6月5日与福尔公司签订《厂房租赁合同》，租赁福尔公司钢结构厂房（第4栋），建筑面积2400 m²，租赁期限3年，自2016年7月1日起到2019年7月1日，租金每月每平方米8.5元，月租金20400元。该合同还约定“租赁期间，乙方（谢某）必须遵守国家法律、法规，合法经营，并遵守厂区的综合管理，自行做好内部防火等消防、保卫工作。乙方应在本租赁厂房内按有关规定配置灭火器，严禁将楼宇内消防设施用作其他用途，并积极配合甲方（福尔公司）做好消防工作，

否则，由此产生的一切责任及损失由乙方承担”。

合同签订后，恒业公司入驻租赁厂房进行生产经营。2017年12月26日4时许，谢某租赁的厂房发生火灾，造成福尔公司的第4栋厂房全部烧毁。2018年3月19日公安消防大队作出《火灾事故认定书》，认定起火原因可以排除放火、生产用火、雷击、自燃、飞火和吸烟引起火灾等，不排除电气故障引起火灾。福尔公司据此认为，本起火灾事故责任完全在谢某一方，遂将谢某和恒业公司起诉至法院要

2. 裁判结果

一、福尔公司与谢某签订的《厂房租赁合同》于2017年12月27日解除。二、恒业公司应于本判决生效之日起十日内支付福尔公司租金5000元。三、恒业公司

3. 裁判要旨

本案中，谢某是否应当承担支付欠付租金及赔偿损失的责任，核心在于其是否是《厂房租赁合同》中权利义务的承受人。

求解除房屋租赁合同，支付拖欠租金并且赔偿火灾造成的损失，恒业公司承担连带责任。

谢某辩称，其系恒业公司的法定代表人。2016年6月5日，其代表恒业公司和福尔公司签订《厂房租赁合同》，租赁的厂房由恒业公司使用，厂房用途在《厂房租赁合同》明确注明。租金由恒业公司支付，与其个人无关。可见，租赁合同的承租方是恒业公司，并非谢某个人。福尔公司将谢某列为共同被告并要求谢某承担租金及赔偿款的赔偿责任，系诉讼主体错误，缺乏事实依据和法律依据。

应于本判决生效之日起十日内支付福尔公司财产损失赔偿款701999.9元及返还代交的电费2094.89元。四、驳回福尔公司的其他诉讼请求。

针对该份《厂房租赁合同》，虽然该合同抬头部分以及落款处记载的承租人为谢某，但是合同中有明确租赁物为厂房

且厂房系用于经营生物科技之用。谢某为恒业公司的法定代表人，其以个人名义签订的租赁合同，事后得到恒业公司的追认，从恒业公司的营业执照以及《火灾事故认定书》均可以看出，该公司的经营地

址为租赁厂房，可见恒业公司才是租赁合同的实际承租方。故法院认可谢某与恒业公司关于合同主体是恒业公司的主张，最终合同的责任由恒业公司来承担。

二、律师解读

1、从诉讼主体资格选择的角度，出租方既可以选择合同相对人也可以选择实际承租人承担合同责任。

依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（简称《公司法司法解释三》）第二条规定，发起人为设立公司以自己名义对外签订合同，合同相对人请求该发起人承担合同责任的，人民法院应予支持。在公司设立后，公司对发起人签署的合同表示确认或实际享有和履行了合同的权利义务，合同相对人请求公司承担责任

的，人民法院应予支持。因此，司法实践中对于发起人以个人名义对外签订合同，一般情况下，应由发起人本人承担合同责任，但发起人确实为了公司利益而签订合同，且公司成立后也确认合同条款，或者公司已经实际享有合同权利、履行合同义务的，则合同相对方享有选择权，可以请求公司承担合同责任，也可以选择要求发起人承担合同责任。

2、法定代表人以个人名义签字的租赁合同应当结合合同目的对租赁主体进行判断。

一般情况下，依法成立的合同仅对当事人具有法律约束力，这是合同相对性原则的体现。但严守合同的相对性原则，已经不能满足社会利益以及实现司法公正的需要。各国立法和司法实践根据社会经

济的发展对合同相对性的原则进行了修正，即在承认合同相对性的大前提下，在不同程度上承认合同相对性的例外。《民法典》第465条第二款规定“依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，但是

法律另有规定的除外”，该条规定明确了合同的相对性原则，同时也表明“法律另有规定的除外”，也就是说，合同的相对性是有例外情形的。本案实际上是合同目的对合同相对性的突破。

本案合同的相对方福尔公司与谢某皆认可本案合同的目的系承租涉案厂房用于经营生物科技。可见，无论出租方还是承租方，均知晓租赁物是用于办厂经营的商业目的。在合同目的明确，谢某同时具有法定代表人身份的情况下，租赁合同的主体不应局限于签字人本人，而是应当充分考虑合同目的、合同实际的履行人、出租方是否明知等情节进行判断。谢某承租涉案厂房并非为了个人使用，而是其作为公司的法定代表人为了公司的经营选择经营场所所为的职务行为，该行为事后

也得到恒业公司的追认。《民法典》522 条第一款：“当事人约定由债务人向第三人履行债务，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，应当向债权人承担违约责任。”

从上述规定中可以看出，立法已经将第三人义务合同作为合同相对性突破的情形之一。恒业公司在本案中属于“隐形”的第三人。虽然《厂房租赁合同》中并无约定由恒业公司履行承租方义务，但是在租赁合同履行期间，恒业公司均以承租人的身份，既享受了使用租赁物的权利，也承担着支付租金以及保障涉案厂房整体性的义务。可见，租赁合同的效力及于恒业公司，本案的责任承担主体应当为恒业公司而非谢某个人。

3、从合同权利义务的对等原则和民法的公平原则出发确定实际承租人应当履行合同责任。

虽然书面《厂房租赁合同》的签订主体为谢某和福尔公司，但其并非租赁关系中的实际承租人。从合同的实际履行看，恒业公司实际使用了厂房并且也支付了

前期租金，恒业公司才是租赁合同权利义务的实际承受人。根据权利义务对等的原则，谢某不应承担支付后续欠付租金及相应违约责任的义务。

在法院已查明本案的实际租赁人为恒业公司的前提下，要求谢某承担责任有违民法公平原则。本案已经从证据反映出

谢某作为法定代表人承租该厂房后就全部移交给恒业公司使用至今，现在要求谢某承担合同责任明显有失公平。。

结语

对于承租人与实际使用人不一致情形，根据合同的相对性原则，一般情况下，签约承租人需要承担合同责任，但经法院审查确认实际使用人独立行使租赁合同项下的权利和义务，则被认定为实际承租人，需要向出租人承担主要违约责任。因此，为避免纠纷，出租人、承租人、实际

使用人三方应及时签署变更协议，如承租人与实际使用人签署经出租人同意的转让协议，或由出租人与实际使用人签署租赁协议，签约承租人退出租赁关系，以此实现租赁关系项下的权利和义务全部转移至实际承租人的目的。



王年俊 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公司与投融资法律服务部 律师

业务方向：公司商事、诉讼与争端解决

联系方式：19821802660

《夫妻共同财产申报令》之实务分析

作者：张睿、李林芳

北京某法院于今年受理的一起离婚纠纷案中，男方称他名下的存款余额仅剩10万，已无其他资产。而作为家庭主妇的女方对丈夫收入的具体情况并不知晓。诉讼过程中，女方向法院提交了相关财产线索的调查取证申请。法院向男方任职的公司去函，询问其工资基本收入、奖金等情况，并调取其工资卡银行账户明细，发现他年收入合计高达300万元，并存在多笔大额支取现金的情况。最终，法院根据查明认定的夫妻共同财产依法分割财产，女方分得60%的财产，男方因未如实申报共同财产存在过错，进而仅分得40%的财产。

在司法实践当中，经常会出现因夫妻之间沟通不畅、缺少对已有夫妻财产的了解，甚至出现一方转移、隐藏、挥霍夫妻共同财产等行为，导致在离婚财产分配中出现一方权益遭受严重损害的情形。

新修订的《妇女权益保障法》第六十七条约定，离婚诉讼期间，夫妻一方申请查询登记在对方名下财产状况且确因客

观原因不能自行收集的，人民法院应当进行调查取证，有关部门和单位应当予以协助。离婚诉讼期间，夫妻双方均有向人民法院申报全部夫妻共同财产的义务。一方隐藏、转移、变卖、损毁、挥霍夫妻共同财产，或者伪造夫妻共同债务企图侵占另一方财产的，在离婚分割夫妻共同财产时，对该方可以少分或者不分财产。

根据该条规定，法院受理离婚诉讼案件后，会向双方当事人发出《夫妻共同财产申报令》、《夫妻共同财产申报表》等材料，要求双方在举证期限届满前真实全面地填报财产信息，其中填写的内容包括夫妻共同财产、夫妻个人财产、夫妻共同债务等，其范围如下。

1. 夫妻共同财产：在婚姻关系存续期间所得的下列财产：（一）工资、奖金、劳务报酬；（二）生产、经营、投资的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或者受赠的财产，但是《民法典》第一千

零六十三条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。

2. 夫妻个人财产：（一）一方的婚前财产；（二）一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿；（三）遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产；（四）一方专用的生活用品；（五）其他应当归一方的财产。

3. 夫妻共同债务：夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务。

参考闵行法院发出的《夫妻共同财产申报表》：

夫妻 共同 财产	房产	1. 地址：_____ 登记权利人：_____ 现价值：_____； 2. 地址：_____ 登记权利人：_____ 现价值：_____；	
	车辆	1. 品牌：_____ 车牌号：_____ 登记权利人：_____ 现价值：_____ 控制人：_____； 2. 品牌：_____ 车牌号：_____ 登记权利人：_____ 现价值：_____ 控制人：_____；	
	现金 存款 理财产品	现金（数额、保管人）：_____； 存款：1. 开户银行：_____ 户名：_____ 账号：_____ 金额：_____； 2. 开户银行：_____ 户名：_____ 账号：_____ 金额：_____； 3. 开户银行：_____ 户名：_____ 账号：_____ 金额：_____； 理财产品：1. 理财机构名称：_____ 理财名称：_____ 金额：_____； 2. 理财机构名称：_____ 理财名称：_____ 金额：_____； 微信、支付宝等电子账户余额：_____；	
	股票 基金	1. 证券账户：_____ 户名：_____ 资产总值：_____； 2. 证券账户：_____ 户名：_____ 资产总值：_____；	
	保险	1. 保险名称：_____ 投保人：_____ 被保险人：_____ 受益人：_____ 现金价值：_____； 2. 保险名称：_____ 投保人：_____ 被保险人：_____ 受益人：_____ 现金价值：_____；	
	债权	1. 债务人：_____ 债权金额：_____ 债权到期时间：_____；	
	其他	如投资收益、住房公积金等	
夫妻共同债务		1. 债权人：_____ 债务金额：_____ 产生时间：_____ 产生原因或用途：_____ 到期时间：_____ 清偿情况：_____；	
个人财产	男方		女方

申报人：

申报日期：_____

此外，《夫妻共同财产申报令》告知当事人未如实申报的法律后果。如无正当理由怠于指定期限申报或拒绝申报，将视为未如实申报。如未如实申报，一方隐藏、转移、变卖、损毁、挥霍夫妻共同财产，或者伪造夫妻共同债务企图侵占另一方财产的，在离婚分割夫妻共同财产时，对该方可以少分或者不分财产。离婚后，另

一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。如未如实申报，构成妨碍民事诉讼的，人民法院可以依法对该当事人予以罚款、拘留、构成犯罪的，依法追究刑事责任。

夫妻共同财产申报制度的实行，意味着财产申报将正式成为离婚纠纷案件的组成部分，有助于解决离婚诉讼中夫妻共同财产难以查明的困境，有利于法院公正、高效地解决离婚纠纷，促使当事人诚信诉讼。据此，律师建议，夫妻在进行离婚诉讼期间，要如实填写夫妻共同财产申报表，不要抱有侥幸心理，以免法院在查明财产后对一方隐藏、转移财产的行为予以惩戒，以及对对方少分财产。另外，诸如本文开头所阐述的案件，家庭主妇可在离婚诉讼中向法院提出调查取证申请，查询登记在男方名下的诸如房屋、股权、银行账户、保单、理财等财产信息，以最大限度维护自身合法权益。



李林芳

上海七方律师事务所 合伙人

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部 律师

上海市家庭教育研究会 会员

上海市眉山商会 理事

业务方向：刑事辩护、公司法、合同法

联系电话：13052067259



张睿

上海七方律师事务所 合伙人

七方民商事与金融法律服务部 律师

七方家事与财富管理法律服务部 律师

业务方向：合同法、公司法、家事法

联系电话：15902145818

《上海市妇女保障条例》十大亮点解读

作者：胡晓萍

2023年1月1日,《上海市妇女权益保障条例》(以下简称“上海妇保条例”)正式实施。这是上海市第一次以条例的形式确立保障妇女权益的地方性法规,全文共10章70条,涉及到妇女权益保护的方方面面,有不少新变化、新亮点,可谓是撑起了一把妇女权益的“保护伞”。在第113个“三八”妇女节到来之际,让我们细数上海妇保条例的十大亮点!

一、人身安全保护令“升级”

人身安全保护令是法院作出的保护家暴受害人的法律文书,自2016年在《反家暴法》中设立,至今已适用了7年。《反家暴法》针对的是家庭成员之间的暴力行为,但非家庭成员间比如恋爱分手、离婚后的侵害甚至暴力行为也时有发生。

为此,《上海妇保条例》第23条规定:妇女在分手后或者离婚后遭受对方纠缠、骚扰或者面临现实危险的,可以向人民法院申请人身安全保护令。

二、客观适度报道涉妇女事件

网络暴力带来的伤害后果严重,对于女性来说更是如此。“杭州女子取快递被诽谤案”就是活生生的例子。杭州女子小吴到楼下取快递时,被便利店主偷拍视频,随后编造“少妇出轨快递小哥”的谣言不断转发、发酵,让小吴深受其害。

《上海妇保条例》第24条明确规定妇女的人格权利不受侵犯。所以,媒体在报道新闻事件时应当谨慎尽责,发布前核实消息来源的真实性,坚持适度原则。

三、性骚扰“无处遁形”

性骚扰问题是近年来社会广泛关注的热点问题,但由于涉及隐私、当事人羞于启齿且取证困难,往往不了了之。

《上海妇保条例》第26条明确了性骚扰的形式,言语、文字、图像、肢体行为都可构成性骚扰。受害妇女除了能向公安局报案和投诉之外,还可以向法院提起民事赔偿诉讼。

对于性骚扰问题，应注重防范。条例特设了四个条款，对学校、单位、公共场所、文娱场所防范性骚扰的措施都做出相应规定。

四、全生命周期健康保护

除了关注经期、孕期、产期、哺乳期妇女，新增青春期、更年期、老年期等妇女特殊生理时期的健康知识指导和心理健康服务，是上海妇保条例的一大亮点，建立健全了妇女全生命周期健康服务体系。

此外，上海还开展免费“两病”筛查（妇科疾病、乳腺疾病），新增为适龄女性未成年人接种宫颈癌疫苗。多措并举，提高妇女健康水平。

五、对职场性别歧视 say no

智联招聘曾做过一项调查，有八成的女性认为，就业中存在性别歧视，其中还有超过两成的女性觉得职场性别歧视很严重。网上关于“已婚未育女性求职难，投简历被列入黑名单”的帖子比比皆是。

《上海妇保条例》第 41 条对录用歧视、收入歧视、晋升歧视等都做了禁止性

规定，强调为消除歧视采取必要措施，促进性别平等发展。条例还新增了性别平等统计报告制度、评估机制、保障制度等，为妇女依法行使权利提供必要条件。

六、关爱外来务工妇女

作为开放、发达的大都市，上海的发展离不开成千上万的外来务工女性，她们是上海的建设者，也是家庭的供养者，为她们提供法律保障，才能免除她们的后顾之忧。

《上海妇保条例》拓展救助帮扶范围，明确各级人民政府和有关部门应当采取措施，为困难妇女提供就业、创业支持，关心关爱外来务工妇女，改善其劳动条件，提高她们的职业技能。

七、完善生育保障制度

目前，我国的低生育现状呈加剧趋势，年轻家庭因职业发展上升期与生育时间重叠，是否能健全家庭福利和生育保障，对年轻家庭特别是参与劳动就业女性的生育意愿影响很大。

《上海妇保条例》第 47 条增加了未就业妇女、领取失业保险金的妇女和灵活

就业妇女享受生育待遇的规定，同时将分娩镇痛和适宜的辅助生殖技术纳入医保范围。条例还规定各级人民政府应当增加普惠性托育服务，鼓励有条件的用人单位为职工提供托育服务，实实在在降低育儿成本。

八、共同财产“加名权”

受传统观念影响，很多夫妻婚后购买房产只登记了丈夫一个人的名字，妻子可能觉得：反正两个人要过一辈子，房子登记在谁名下都一样。但事实上，很多女性当事人直到面临离婚，才发现房子已被丈夫偷偷出售，这时妇女权益如何保障？

《上海妇保条例第50条》规定：即便一方没有收入，夫妻俩对婚后取得的财产也享有平等权利。如果男方不愿意在婚后房产上登记女方的名字，女方可以要求交易中心更正登记或异议登记，将自己的名字登记到产权证上，这样就能有效防止一方擅自处分夫妻共同财产，防患于未然。

九、离婚财产如实申报

夫妻感情破裂，对共同财产的分割无法达成一致意见往往是双方到法院诉讼

离婚的主要原因。但如果家庭财产都交给一方打理，另一方可能连银行账号、哪个银行都不知晓，无法提供财产线索，这样在离婚诉讼中就会很被动。

针对这种情况，《上海妇保条例》第60条明确，离婚诉讼中对夫妻财产不知情的一方，可以要求对方向法院申报全部夫妻共同财产；一旦查出有隐瞒、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻财产的行为，该方就会面临少分、不分财产的后果，甚至承担刑事责任。

十、救济措施更加夯实

为了确保妇女权益保障落到实处，《上海妇保条例》加强群团组织民主监督力度，推动建立妇女权益保障工作合力。

比如，各级妇联应当畅通诉求表达渠道，倾听妇女意见、反映妇女诉求；劳动保障部门应当将性别歧视纳入监察范围，对于单位侵害妇女权益的，劳动保障部门可联合工会、妇联约谈单位、督促其改正；对于侵害妇女权益、导致社会公共利益受损并符合规定情形的，检察院还可以提起公益诉讼。

上海妇保条例充分体现了上位法《妇女权益保障法》的立法精神，充分展现了上海的亮点和特色，充分彰显了妇女权益保障在更高水平上的创新和发展。愿每一位女性都学法、懂法、用法、守法，让每一位女性都知道，因为有“它”，你不必再害怕！



胡晓萍

上海七方律师事务所 副主任、高级合伙人
七方家事法律服务中心 主任
上海市律协婚姻家庭业务研究委员会 委员
上海市女律师联谊会 副秘书长
普陀区人民法院特邀调解员
普陀区首届优秀女律师
上海市第四届优秀女律师

业务方向：家事法、私人财富管理
联系方式：18616910916



网络虚拟财产如何继承

作者：胡晓萍

2023年3月21日,《2022中华遗嘱库白皮书》正式发布,对25万份遗嘱进行大数据分析,引发广泛关注。

据统计,中青年人群(60周岁以下)的遗嘱保管数量从2017年的279份,上涨至2022年的3467份,五年间增长了十余倍,其中不乏“90后”“00后”的年轻人。且自2017年起,中青年人群通过订

立遗嘱处分“虚拟财产”的情况也开始增多,截至2022年12月31日,中华遗嘱库共计收到458份内容涉及“虚拟财产”的遗嘱,类型包括QQ、虚拟货币、支付宝、微信账号、网络游戏账号等。

18岁零1个月的何平(化名)最近就在中华遗嘱库立了份遗嘱。作为一名“00后”,她在遗嘱中说,如果自己遭遇不幸,

财产全部捐给公益机构。她的财产包括存了多年的压岁钱和一个玩了多年的游戏账号。立遗嘱是何平送给自己的成年礼物，她觉得这是“一种未雨绸缪的行为，还很酷”。立遗嘱人群的年轻化和虚拟财产的纳入，成为近年来遗嘱订立的新特

征，从中也能窥见年轻人对于生与死、虚拟与现实的态度。

大数据时代，随着网络在我们日常生活中的比重上升，“虚拟财产”这种新型财产也愈发被人们重视。那么，关于网络虚拟财产的继承，有哪些问题是值得我们关注的呢？

网络虚拟财产一般有哪些？

网络虚拟财产是指以数字信息或非物质的形式，存在于网络空间中，具有一定财产价值，可为人所控制和使用的特殊属性的信息资源。一般包含以下三类：

1. 各类绑定了银行卡的支付账号，比如支付宝、微信、QQ、数字人民币等具备“钱包”功能的账号，里面除了零钱，还会购买平台理财产品；

2. 各类社交账号以及在各类社交平台发布的内容，比如微博、抖音、小红书上分享的生活感悟和美好瞬间；

3. 网络游戏中的游戏账号、装备、积分、用户级别等，也包括网购领域的网络店铺，比如淘宝店铺等。

网络虚拟财产可以继承吗？

2021年施行的《中华人民共和国民法典》已将网络虚拟财产纳入法律保护的范围，其第127条规定：“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。”可见，网络虚拟财产是受我国法律保护的财产形式，但由于法律规定得过于

原则、笼统，在实践中往往缺乏可操作性，法律也未明确网络虚拟财产的继承规则。

笔者认为，对网络虚拟财产能否继承的问题，应区分情况而定，不可一概而论。

《民法典》第1122条规定：“遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。依照

法律规定或根据其性质不得继承的遗产，不得继承。”法条用“概括式”的方式规定了遗产的范围，理论上，网络虚拟遗产是具备可继承性的。

但，实践中有不少账号，根据用户与平台之间的协议，平台并不允许用户将其作为个人财产进行继承。因为很多账户具有人身属性，交给他人继承，可能会造成一些负面的效果，比如某人发表言论的账号被继承后，继承人如果继续以被继承人的名义发表各类文章、评论、言论，就会给读者造成困扰。

如果是主要体现为财产价值的账号，一般可以进行继承。对于生活在网络时代

的人们来说，各种支付账号、游戏账号和装备、网店账号等，是自己生活中不可或缺的部分，也是自己非常重要的财产，因此愿意让自己的继承人进行继承。

因此，网络虚拟财产能否继承，主要看两点：一是要看提供网络服务的平台、供应商是否允许进行继承，比如2021年底，苹果正式启动“数字遗产计划”，苹果手机用户将系统更新到iOS5.2版本后，就能选择“遗产联系人”的功能；二是要看是否违反相关法律法规的规定。如果不违法、符合行为人内心真实意思，在条件成就时，网络虚拟财产就可以转换为自然人遗留的遗产，由其合法继承人继承

网络虚拟财产如何继承？

笔者查阅了一些常见虚拟财产的继承流程，具体如下：

1. 微信、支付宝

微信和支付宝平台都明确，账号不得继承。但其中的财产权益可依法继承。若亲人去世，顺位继承人需提供其有效身份证、与账户持有者的亲属关系证明、账户持有者的死亡证明、承诺书、遗嘱(若有)、

公证书等材料，对账户中的财产进行查询、提取、分配。

2. 移动、联通、电信手机号

据移动、联通平台规定，如原户主身故，继承人可凭本人有效身份证、原户主死亡证明、与原户主的亲属关系证明、公证书等文件，到指定营业厅办理。电信平台同意凭国家承认的法律文件可办理手

机号过户，同时特别规定：如涉及靓号过户等特殊情况，需视靓号的规则而定。

3. QQ/微博/抖音等社交账号

微博平台同意账号继承。当微博博主去世，亲属提交博主的死亡证明、户口本、授权书等，核实通过后平台会将微博账号保护并移交到新的账号持有人。但QQ和抖音平台都明确，其账号只能由本人使用，不得继承。

4. 淘宝店铺

关于淘宝店铺这类虚拟财产的继承，在提供死亡证明、亲属关系证明、继承公证书等相关材料后，可以进行店铺过户。

5. 蚂蚁花呗

一句玩笑话“继承我的花呗”到底可行呢？事实上，花呗作为个人信用金额，并不能被继承；但花呗的欠债却是可以“继承”的。如果继承人选择继承被继承人的财产，那么相应的就要承担其债务，包括花呗欠债。

根据《民法典》的规定，网络虚拟遗产属于“其他合法财产”的范畴，是除了现金财产以外其他有纪念意义的财产。但在实践中的继承也存在不少争议，因此，对于想将网络虚拟财产遗留给在世亲人的朋友，律师建议：

一、将社交平台账号、密码告知家人，避免因账号太久未登录而被平台收回或注销；

二、提前咨询律师、订立遗嘱，最大限度减少身后事纠纷。

《寻梦环游记》中有这样一句话：“死亡从来不是终点，真正的死亡是忘记。”也许，网络虚拟财产不仅仅是涉及财产保护和继承的问题，它也将成为一个人不被世界忘记的凭证。



出借、出租、出卖银行卡有何法律风险？

作者：傅建平、焦士凌

将自己的银行卡出借、出租甚至出卖给他人就可以轻松获得几百元报酬？只需提供银行卡号与密码就可以坐等收钱？以为发现了生财有道的赚钱秘籍？但其实这些行为已经涉嫌违法犯罪。自 2020 年 10 月国务院召开打击治理电信网络新型违法犯罪工作部际联席会，决定自 10 月 10 日起，在全国范围内开展“断卡”行动以来，检察机关起诉涉嫌上述行为的案件数量飙升，涉案人员不乏在校大学生以及科技公司中技术人员。不少年轻人因为法律意识淡薄，受到同学、朋友的蛊惑或是招聘中介的诱导落入赚钱的圈套，成为“罪犯的帮凶”，不免令人唏嘘。那么出借、出租、出卖银行卡具体可能面临哪些法律责任呢？

行政处罚

在此前如果出借银行卡等行为并未达到共同犯罪的构成标准，那么对此种关联性较弱的帮助行为，仅有最高人民法院于 1991 年发布的《关于出借银行账户的当事人是否承担民事责任问题的批复》（2021 年起失效）中规定，出借银行账户是违反金融管理法规的违法行为。人民法院除应当依法收缴出借账户的非法所得并可以按照有关规定处以罚款外，还应区别不同情况追究出借人相应的民事责任。

2022 年 12 月《中华人民共和国反电信网络诈骗法》（以下简称“《反诈法》”）的正式实施为处罚上述行为补充了法律依据。《反诈法》主要是针对电信业务经营者、银行业金融机构、非银行支付机构与互联网服务提供者四个主体的义务与法律责任的规定，但第三十一条第一款明确指出：“任何单位和个人不得非法买卖、出租、出借电话卡、物联网卡、电信线路、短信端口、银行账户、支付账户、互联网账号等，不得提供实名核验帮助；不得假冒他人身份或者虚构代理关系开

立上述卡、账户、账号等。”第四十四条也对出借等行为的法律责任作出了规定：

“违反本法第三十一条第一款规定的，没收违法所得，由公安机关处违法所得一倍以上十倍以下罚款，没有违法所得或者违法所得不足二万元的，处二十万元以下罚款；情节严重的，并处十五日以下拘留”，为出借银行卡等行为提供了行政处罚的依据。

刑事责任

1. 构成共犯的情形：诈骗罪等传统罪名

出借、出租、出卖的银行卡如果用于诈骗等犯罪，出借、出租、出卖的行为人有可能被认定为构成诈骗罪、赌博罪、走私罪等传统犯罪的共同犯罪。以赌博罪为例，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第四条明确指出，明知他人实施赌博犯罪活动，而为其提供资金计算机网络、通讯、费用结算等直接帮助的，以赌博罪的共犯论处。

然而，传统刑法理论对构成共犯有诸多要求，最为重要的一点是正犯，即共同犯罪人中直接参加实施犯罪行为、对侵害结果或者危险结果的发生起支配作用的犯罪分子，与帮助犯之间应当具有共同犯意，要求双方具有双向的犯意联络，即针对特定犯罪互相沟通。然而在当今网络时代，犯罪凭借网络往往呈现出环节众多的特点，且各环节人员联系并不紧密，诸如出借银行卡等帮助行为往往与正犯的犯罪行为缺乏明确的意思联络，许多出借、出租行为其实难以被认定为共同犯罪。

2. 独立构成犯罪的行为：帮信罪与掩隐罪

虽然出借等行为被认定为诈骗罪等罪名的共同犯罪在实际中有难度，但是这并不意味着出借银行卡的人员难以受到刑事处罚。2015年《刑法修正案（九）》为应对网络时代共犯理论的适用难题，增设了帮助信息网络犯罪活动罪（以下简称“帮信罪”）。根据《中华人民共和国刑法》（以下简称“《刑法》”）第二百八十七条之二，帮信罪是指明知他人利用信

息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广支付结算等帮助，情节严重的行为。出借银行卡的行为据此可独立成罪，被认定为帮信罪。《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见（二）》第十条对此进一步明确，“为他人利用信息网络实施犯罪而实施下列行为，可以认定为《刑法》第二百八十七条之二规定的帮助行为：收购、出售、出租信用卡、银行账户、非银行支付账户、具有支付结算功能的互联网账号密码、网络支付接口、网上银行数字证书的。”对此行为人将被处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

另外，如果行为人在提供银行账户之外还提供刷脸等验证服务或代为存款、取款的，那么还可能构成《刑法》第三百一十二条规定的掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪（以下简称“掩隐罪”）。该罪是指明知是犯罪所得及其产生的收益而予以窝藏、转移收购、代为销售或者以

其他方法掩饰、隐瞒的。许多学者，如浙江大学高艳东教授认为，提供刷脸等验证服务或代为存款、取款的行为客观违法性更强，已经超出了帮信罪处罚的较为中立的帮助行为，应当认定为掩隐罪。而司法实践中对此有以掩隐罪作起诉，也存在仍然以帮信罪起诉的案件。如被认定构成掩隐罪，行为人将被处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节严重的，将被处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

个人征信

出借、出租、出卖银行卡的行为人除了可能受到行政处罚与刑事处罚之外，其个人征信也会因此受到影响。对于信用记录，《反诈法》第三十三条第二款作出了规定：对经设区的市级以上公安机关认定的实施前款行为（即出租出借银行卡等行为）的单位、个人和相关组织者，以及因从事电信网络诈骗活动或者关联犯罪受过刑事处罚的人员，可以按照国家有关规定记入信用记录，采取限制其有关卡、账户、账号等功能和停止非柜面业务、暂停

新业务、限制入网等措施。个人信用记录一旦受影响，在征信不良期间出行、贷款、求职等均会收到不同程度的影响。除《反诈法》以外，中国人民银行于2016年发布的《关于加强支付结算管理防范电信网络新型违法犯罪有关事项通知》也明确规定，“自2017年1月1日起，对于不法分子用于开展电信网络新型违法犯罪的作案银行账户和支付账户，经设区的市级及以上公安机关认定并纳入电信网络新型违法犯罪交易风险事件管理平台‘涉案账户’名单的，银行和支付机构中止该账户所有业务”，“5年内暂停其银行账户非柜面业务、支付账户所有业务，3年内不得为其新开立账户”。

结语

综上，出借、出租、出卖银行卡的行为为轻则接受行政处罚，严重的甚至需要承担刑事责任，并且还会影响个人征信。其实除了银行卡之外，出借微信账号、QQ账号等也可能导致同样的后果。日常生活中随处充满诱惑，切不可为了蝇头小利被利用，稀里糊涂变成了犯罪分子。



傅建平

上海七方律师事务所 主任、高级合伙人
七方刑事辩护与刑事合规法律服务部 主任
上海律协刑事诉讼与刑事辩护业务研究委员会
副主任

上海市法学会刑事学研究会 理事
华东政法大学文伯书院 校外导师
上海社科院法学所硕士研究生导师
华东政法大学兼职硕士生导师

专业领域：刑事辩护、刑事合规及刑民交叉
法律业务、企业法律顾问
联系方式：15201718516



焦士凌

上海七方律师事务所 实习律师
七方刑事辩护与刑事合规法律服务部
实习律师

业务方向：刑事辩护、企业法律顾问
联系方式：15216709585

卧底侦查需要承担刑事责任吗？

作者：焦士凌

年度扫黑刑侦热剧《狂飙》在不久前迎来大结局，经过长达二十年的黑白较量，以高启强为首的黑恶势力团伙成员被捕、保护伞落马。剧中两位刑警搭档都曾为侦破该案卧底侦查，比如安欣曾卧底“疯驴子”团伙参与对沙场的抢劫、组织卖淫等违法活动。警察卧底侦查的过程中为取得犯罪分子的信任往往需要实施一定的违法行为，其违法行为是否可以免于刑法处罚呢？

一、什么是卧底侦查？

卧底侦查是指由法定的人员依法实施的以伪造身份的方式，打入犯罪组织内部依法进行查获犯罪、收集证据及相关资料的特殊侦查行为。¹

虽然随着科技发展，警方的传统侦查手段不断提高。但是对于有组织犯罪，包括毒品类犯罪、黑社会性质类犯罪等具有严密组织性与隐蔽性的犯罪案件，“回应性”的传统刑侦手段效果差强人意，就如剧中京海警方始终无法获取指使“疯驴子”团伙的主犯徐江的犯罪证据。而“主动性”的卧底侦查相比传统侦查手段更

具隐蔽性与高效性，因此在实践中被广泛应用。

二、卧底侦查的法律依据：卧底侦查是否合法？

卧底侦查虽然在我国实践中一直都有被采用，但在早期只有《人民警察法》第十六条对此进行了简短而笼统的规定：公安机关因侦查犯罪的需要，根据国家有关规定，经过严格的批准手续，可以采取技术侦察措施。而卧底侦查是否被涵盖在技术侦查之内一直没有明确。直到2012年《刑事诉讼法》修改后卧底侦查才被明确赋予了合法地位。卧底侦查作为隐匿身份

¹ 参见庄乾龙. 卧底侦查概念评析[J]. 中北大学学报(社会科学

版), 2012, (3):13.

侦查的一种，总体上属于《刑事诉讼法》第二章侦查中第八节的技术侦查措施。

《刑事诉讼法》第一百五十条作为基础条款，规定了技术侦查的适用范围和启动程序：公安机关在立案后，对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪或者其他严重危害社会的犯罪案件，根据侦查犯罪的需要，经过严格的批准手续，可以采取技术侦查措施。人民检察院在立案后，对于利用职权实施的严重侵犯公民人身权利的重大犯罪案件，根据侦查犯罪的需要，经过严格的批准手续，可以采取技术侦查措施，按照规定交有关机关执行。追捕被通缉或者批准、决定逮捕的在逃的犯罪嫌疑人、被告人，经过批准，可以采取追捕所必需的技术侦查措施。

而第一百五十三条更为明确的对包括卧底侦查在内的隐匿身份侦查作出了规定：为了查明案情，在必要的时候，经公安机关负责人决定，可以由有关人员隐匿其身份实施侦查。但是，不得诱使他人

犯罪，不得采用可能危害公共安全或者发生重大人身危险的方法。

同年公安部发布了《公安机关办理刑事案件程序规定》（现已被《公安部关于修改〈公安机关办理刑事案件程序规定〉的决定》修改），其中第二百七十一条在《刑事诉讼法》第一百五十三条的基础上进一步明确了卧底侦查等隐匿身份侦查需经县级以上公安机关负责人决定，可以由侦查人员或者公安机关指定的其他人员隐匿身份实施侦查。

三、卧底侦查的法律责任：卧底侦查中违法行为是否可以免除处罚？

1. 法律角度：尚无明确规定

从上述卧底侦查的法律依据可以看出，我国现行法律对于卧底侦查等技术侦查手段的规定依然较为笼统，多为原则性规定。对于卧底警察违法行为是否能够免除刑事责任尚未作出明文规定。对此只能考虑是否能够适用刑法总则中法定的免除处罚事由。刑法总则中共有以下十个条文规定了免除处罚的事由（见图表 1），

可以发现卧底侦查并非法定的免除处罚事由，但对于卧底侦查中的违法行为，可以参照刑法第二十七条从犯、第六十七条自首与第六十八条重大立功的规定，根据具体情况予以免除处罚。《刑法》第七十八条对重大立功的具体情形进行了规定，最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第七条也对此作出了更为详细的解释：犯罪分子有检举、揭发他人重大犯罪行为，经查证属实；提供侦破其他重大案件的重要线索，经查证属实；阻止他人重大犯罪活动；协助司法机关抓捕其他重大犯罪嫌疑人（包括同

案犯）；对国家和社会有其他重大贡献等表现的，应当认定为有重大立功表现。



条文	可以/应当	具体内容
第十条	可以	在国外已经受过刑罚处罚的
第十九条	可以	又聋又哑的人或者盲人犯罪
第二十条	应当	正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的
第二十一条	应当	紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的

第二十二条	可以	对于预备犯
第二十四条	应当	对于中止犯，没有造成损害的
第二十七条	应当	对于从犯
第二十八条	应当	对于被胁迫参加犯罪的
第六十七条	可以	犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，其中犯罪较轻的
第六十八条	可以	有重大立功表现的

图表 1

2. 法理角度：违法阻却事由

除了直接适用法律条文之外，还可以从刑法的法理角度来免除卧底侦查的刑事责任。违法阻却事由，简单来说是指排除符合构成要件的行为的违法性的事由。根据刑法理论，一个行为是否可以被追究刑事责任需要按顺序从两个阶层进行判断：即客观违法阶层与主观责任阶层。当一个行为符合犯罪的客观构成要件之后，还需要对行为是否具有违法阻却事由进行判断才能得出一个行为具有违法性的结论。刑法明确规定的法定违法阻却事由有正当防卫与紧急避险。而除此之外还有被害人承诺、法令行为、自损行为、被害

人自陷风险、义务冲突等被刑法认可的违法阻却事由，也称为超法规违法阻却事由。其中的法令行为是指基于成文法律、法令、法规的规定，作为行使权利或者承担义务所实施的行为。张明楷教授指出，法令行为包括职务行为，即国家机关工作人员根据法律赋予的职责权限实施的履行职务的行为。因此卧底侦查中的违法行为可以依据法令行为中的职务行为来排除违法性。

但需要注意的是，并非所有卧底侦查中的违法行为都可以被认定为职务行为。首先，超越职权的行为因其超出法律所允许的范围而被排除在职务行为之外，不具

有违法阻却性。其次,《刑事诉讼法》第一百五十三条明确要求卧底侦查时不可以采用可能危害公共安全或者发生重大人身危险的方法,因此在卧底侦查中采取以上方法的违法行为也不能被认定为职务行为。

3. 司法实践:限缩违法阻却事由

司法实践中法院的判决也肯定了超越职权的违法行为不属于职务行为的观点。2002年云南省昆明市中级人民法院对民警唐某涉嫌在执行卧底缉毒任务时嫖娼一案作出终审判决,虽然涉案民警唐某一直强调自己是为了取得毒贩的信任、更

好地隐藏卧底身份才接受“按摩”服务,但法院认为本案中唐某虽然依专案组指派、卧底与毒贩接头,但其嫖娼的行为并未得到上级授权与指示,是其个人主动实施的违法行为。最终法院维持一审判决,维持公安机关作出的《公安行政处罚决定书》。虽然本案中唐某的嫖娼行为尚不构成犯罪,仅受到行政处罚而非刑事处罚,但法院的判决为认定卧底侦查的违法行为提供了一个标准,即在卧底侦查中超授权与指示、个人主动实施的违法行为依然要承担相应责任。

四、结语

虽然卧底警察在我国实践中有广泛的应用,但目前刑事诉讼法、人民警察法中仅有一些原则性规定,对于卧底侦查的启动审批标准、监督程序、证据效力、法律责任等问题都缺乏明确的规定。相关立法的缺乏一方面可能导致卧底侦查被滥用从而使公民权利被侵犯,另一方面也会导致卧底警员不能得到法律充分的保护。卧底警员不仅在卧底过程中面临着种种危险,还有可能因为卧底过程中的违法行为获刑,应当尽快对卧底侦查的配套制度作出规定,使卧底侦查的实施过程有法可依。而在相关法律法规尚不完善的今天,对于卧底侦查的适用应采取非常谨慎的态度,对于过程中的违法行为,应遵循“法益作为入罪的基础、伦理作为出罪的依据”,避免让英雄流血又流泪。

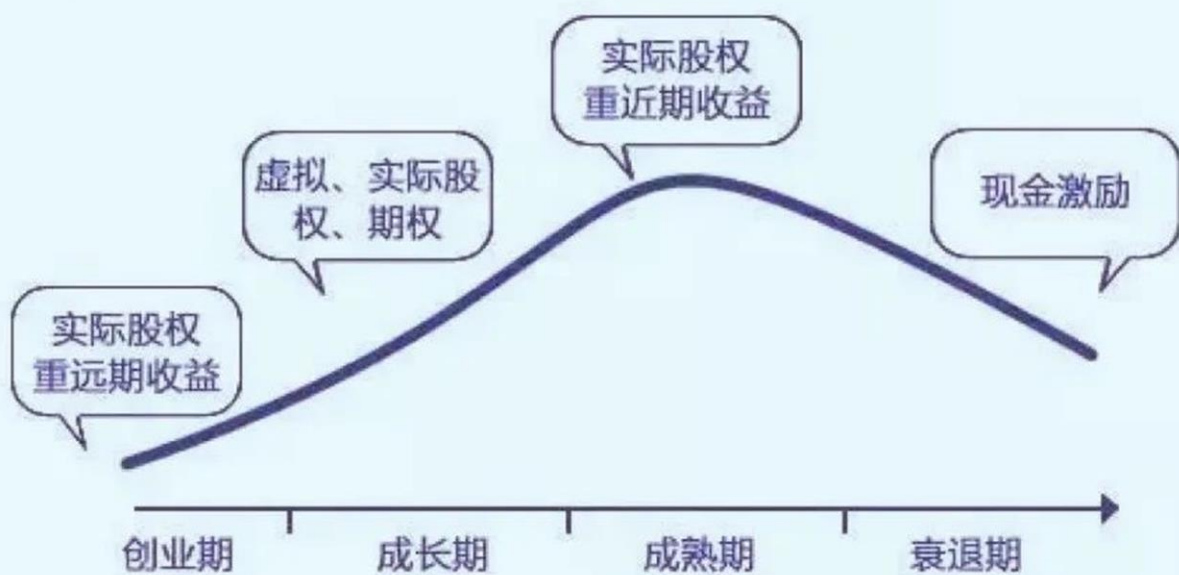
股权激励所得是否属于劳动报酬？

作者：吕连连

股权激励是企业为了激励和留住核心人才，以附条件的方式给予员工部分股东权益的长期激励机制。股权激励又被称为“金手铐”，在给激励对象一定经济利益的同时，给激励对象的择业自由也戴上了无形的手铐，比如富安娜天价股权激励索赔案、阿里巴巴股权激励的造富传奇、华为全员持股的土狼传奇等，让我们看到股权激励如何发威。

本文主要讨论劳动合同中约定的股权激励收益是否是劳动报酬？一旦双方提前解除劳动关系，股权激励收益是否应计入经济补偿金计算基数？又当如何？

企业不同发展阶段的激励工具选择



创业期 成长期 成熟期 衰退期



【何为劳动报酬】

关于贯彻执行《中华人民共和国劳动法》若干问题的意见（劳部发〔1995〕309号）第53条中规定“劳动法中的‘工资’是指用人单位依据国家有关规定或劳动合同的约定，以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬，一般包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、延长工作时间的工资报酬以及特殊情况下支付的工资等。并没有直接将股权激励收益纳入工资范畴。

《财政部、国家税务总局关于个人股票期权所得征收个人所得税问题的通知》（财税〔2005〕35号）中“二、关于股票期权所得性质的确认及其具体征税规定（二）员工行权时，其从企业取得股票的实际购买价（施权价）低于购买日公平市场价的差额，是因员工在企业的表现和业绩情况而取得的与任职、受雇有关的所得，应按“工资、薪金所得”适用的规定计算缴纳个人所得税。

《财政部、国家税务总局关于股票增值权所得和限制性股票所得征收个人所得

税有关问题的通知》（财税〔2009〕5号文）规定，个人因任职、受雇从上市公司取得的股票增值权所得和限制性股票所得，由上市公司或其境内机构按照“工资、薪金所得”进行扣税。

虽然股权收益应当按工资薪金所得缴纳个人所得税，但股权激励收益是否属于劳动报酬在实务中存在很大的争议。

【案例】

2009年9月，杨某入职欧派家居。

2017年6月，双方签订《限制性股票授予协议书》约定：杨某所获的限制性股票的行权及考核条件按照《激励计划》及《考核管理办法》的规定；若杨某未达到《激励计划》所确定的解除限售条件，欧派家居将按《激励计划》规定的原则，回购并注销其相应尚未解除限售的股票。

2019年7月，杨某考核达标，解禁股票获得相应收入116900元。

2020年5月，杨某以公司未支付劳动报酬为由提出解除劳动关系。后杨某申请仲裁，请求欧派家居支付违法解除劳动合同赔偿金504373.98元。仲裁裁决支持杨

某解除劳动关系经济补偿金 138543.46 元。双方均提起上诉。

【法院判决】

一审广州市白云区法院认为，虽然根据《国家税务总局关于股权激励有关个人所得税问题的通知》第一条的规定，股权激励属于用人单位向劳动者发放的劳动报酬范围。但由于股权激励是长期性激励，其作为劳动报酬体现在劳动者的工作和限制性股票所得，其外在表现形式并非



货币，不属于劳动者的货币性收入，不应作为劳动者工资计算，因此不应纳入劳动者在劳动合同解除前十二个月的平均工资的计算基数。

二审广州中院认为，欧派家居是否应将股权激励收益纳入经济补偿金计算基数的关键在于：

【一】股权激励是否属于劳动报酬？

股权激励的性质要从股权激励的基础、对象、形式、股权利益实现条件四个因素进行考察，如果建立在劳动关系基础上，与劳动者履行劳动合同的效果（绩效）有关，体现劳动对价性及人身从属性，据此获得的股权激励收益属于劳动报酬。

【1】股权激励的基础

员工获得的股权激励，如果是基于双方之间的劳动合同关系，以及员工对用人单位的贡献、业绩、作用等，是用人单位基于劳动者的身份及工作表现进行的奖励，劳动者支付了劳动对价，而非劳动者对该激励股权的实质出资。

【2】股权激励的对象

股权激励的对象包括用人单位的高管和核心骨干。上述人员基于与用人单位具有的劳动关系而获得，则员工由此获得的收益应属于劳动报酬。

【3】股权激励的形式

若劳动者是以出全资的方式获得用人单位未经登记的股权，此时相当于劳动者是以一般股民的身份购买的公司普通

股权，由此获得的收益不应属于劳动报酬；若劳动者仅是部分出资即获得了用人单位未经登记的股权，对公司运营没有实际决策权，仅可在符合一定条件后出售股票获取差价，则股权激励收益应属劳动报酬。

【4】股权激励收益的实现条件

若员工获得激励股权后直接可以按期获得分红，其分红的多少仅与公司的经营状况挂钩，而与劳动者的日常工作表现无关，则此时的激励股权收益不能体现按劳分配，不认定为劳动报酬。若员工获得激励股权后，只有在员工满足一定条件（包括绩效考核合格、达成一定销售目标等）的情况下，才能转换为现实利益，此时的股权激励收益应当认定为劳动报酬。

本案中，欧派家居限制性股票激励对象为主管级及以上干部、技术骨干等。案涉限制性股票解除限售的条件与杨某的个人绩效考核挂钩。由此可见，该限制性股票激励基于劳动关系产生，欧派家居根据杨某的职务、工作性质及业绩考核等综合因素予以发放，是对杨某劳动力价值的

体现。杨某获得案涉限制性股票是基于自身对欧派家居提供的劳动，而非出于投资增值目的。因此，案涉限制性股票属杨某应获劳动报酬。

【二】股权激励是否应计入离职前十二个月平均工资？

劳动者在获得限制性股票时支付的对价一般低于市场价格，股票解禁时，必然给劳动者带来的差价收益，可以用货币形式体现，应计入经济补偿金计算基数。本案中，杨某获得的限制性股票虽不具有货币的外在表现形式，但在其符合条件出售时获得的收入可以表现为货币形式，且事实上杨某也因此限制性股票获取收入116900元。所以，应当认定该限制性股票属于劳动者的货币性收入，应当纳入经济补偿金计算基数。

【三】股权激励应全部还是部分计入离职前十二个月平均工资？

股权激励属于用人单位的一项长期性激励措施，其对应的期间为劳动者获得激励股权之日起至其权益实现之日。《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条第三

款规定：“本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资”。故在将股权激励收益计入劳动者离职前十二个月平均工资时，应根据实际情况，对劳动者取得的激励股权收益对应的时间段进行区分，对于劳动者离职前十二个月范围外的激励股权收益予以剔除。

本案中，杨某于 2020 年 5 月离职，故其离职前十二个月工资的统计范围应

为 2019 年 5 月至 2020 年 4 月。杨某于 2017 年 6 月取得案涉限制性股票，2019 年 7 月股票解禁获得相应收入 116900 元，故案涉股票收入的 116900 元对应的应为杨某购入限制性股票至股票解禁期间，即 2017 年 6 月至 2019 年 7 月。综上，杨某离职前十二个月的平均工资基数应为欧派家居在 2019 年 5 月至 2020 年 4 月向杨某发放的货币工资、按月分摊的 2019 年年终奖、按月分摊的限制性股票收入。



【总结】

经济补偿金的计算基数之所以是劳动者离职前十二个月平均工资，是因为该工资最能真实反映劳动者离职时劳动所获得的对价。而股权激励属于用人单位的一项长期性激励措施，对应劳动者获得激励股权之日起至其权益实现之日，体现该期间内劳动者的工作表现、工作量及对用人单位的贡献率。

综上，在将股权激励收益计入经济补偿金计算基数时，应对劳动者取得的股权激励收益对应的时间段进行区分，分摊计入，对于劳动者离职前十二个月范围外的激励收益予以剔除；而将持有限制性股票的月份与离职前十二个月重叠部分的收益计入经济补偿金计算基数。



吕连连 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师
七方民商事和金融法律服务部

七方家族律师团队

业务方向：公司法、劳动法、
金融保险

联系方式：13564350327



签订劳务合同也可能成立劳动关系

作者：王年俊

近日笔者在办理案件过程中遇到一起被保险人投保意外险后高坠身亡案件，保险公司以被保险人存在自杀可能性为由拒绝理赔，但未提供相应的证据予以证明。高坠死亡确切的说是一种客观死亡结果，并不是背后具体的死亡原因，而高坠的原因包括三种：他杀、自杀和意外。警方在调查排除他杀嫌疑后一般会给家属出具高坠死亡证明，而并不作自杀或者意外的认定。那么，在没有直接证据指向被保险人自杀的情形下，高坠身亡是否属于意外伤害？保险公司作出拒赔决定是否合法？笔者将结合一起案件对此问题进行分析 and 探讨。

一、案例介绍

观点：保险公司以自杀可能性的推测拒绝承担保险责任，但未举证证明被保险人死亡系自杀，应当承担理赔责任。

【基本案情】(2020)沪 0106 民初 39439 号

2018 年 9 月 26 日，被保险人陈某某先后与某保险公司签订《人身保险合同》，投保了主险安鑫保 18 II (1310) 及附加险。合同签订后，陈某某按约定缴纳了首期保险费用，并提供银行账户供保险公司以后按期扣除保险费所用。

2020 年 6 月 16 日凌晨，陈某某不幸从高空坠落，当场死亡，后经上海市公安局奉贤区公安分局认定陈某某系高空坠落导致死亡，并排除他杀嫌疑。

2020 年 6 月 28 日陈某某家属向保险公司申请理赔，保险公司于 7 月 22 日出具拒赔决定通知书，理由是被告存在自杀嫌疑，属于保险条款约定的责任免除情形。

陈某某家属遂将保险公司诉至法院，请求法院判决被告保险公司支付保险金 35 万元。

【被告意见】

不同意赔付，根据主险合同约定，本案原告事故发生后没有及时通知被告，并迅速将遗体进行火化以致被告在核保过程中无法查明死亡原因，被告调查发现被保险人是为债务自杀死亡，因此根据合同约定不承担保险理赔义务；意外险部分，意外险赔付条件要求更高，责任免除事项更多，且必须排除非意外的其他情况，本案中因原告原因导致无法排除意外的其他原因，原告无法证明是意外事故。

【裁判要旨】

首先，关于原告未及时通知保险事故问题。虽然被保险人的受益人未及时通知保险人就将被保险人火化，但死亡确认书已明确被保险人系高坠死亡，不存在保险事故性质、原因、损失程度难以确定的情形，故被告主张原告未及时通知



导致无法查明死亡原因，无事实依据。

其次，人身保险合同受益人在向保险公司提出理赔时，双方就被保险人系意外死亡还是自杀身亡产生争议，被告认为被保险人生前有债务纠纷，该行为系自杀，被保险人是从厕所隔间的小窗户爬出到雨棚再爬上梯子到楼顶，具有强

烈的自主意识，且足迹清晰没有滑落痕迹，故被保险人系自杀具有高度盖然性，但其证据不能排除意外的可能，直接推定自杀事实的存在缺乏充分依据，最终，本案法院以保险公司未举证证明被保险人死亡系自杀为由，支持了人身保险合同受益人请求保险公司支付保险金的诉讼请求。

二、案例评析

对于以被保险人死亡作为给付保险金条件的人身保险合同而言，意外伤害、自杀均是导致被保险人死亡的因素，高坠死亡是否属于意外险责任范围以及原被告双方举证责任的分配，将直接关系到保险金给付与否的问题。

1. 高坠死亡是否属于意外险责任范围？

系争保险条款约定的保险责任范围为被保险人遭受意外伤害，且保险条款对意外伤害释义为“指遭受外来的、突发的、非本意的、非疾病的使身体遭受伤害的客观事件。”该释义中所载明的四项条件系并列关系，缺一不可，须同时

具备方能构成意外伤害。由于自杀属于一种例外情形，在没有证据的情况下（例如遗书、心理疾病、反常时间、反常地点），首先不应当推定为自杀，因此高坠死亡符合上述意外伤害的特征。据此，法院确认被保险人陈某某的高坠死亡系保险合同约定的意外伤害所致，属于本案意外险责任范围。

2. 在举证责任分配上，索赔请求权人负有初步的举证责任，保险公司应当对“自杀”承担举证责任。

人身保险合同纠纷案件中，当事人对受害人坠亡原因存在争议时，在举证责任上，可依据《民事



《民事诉讼法》司法解释第 90 条规定，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。以及《中华人民共和国保险法》第 22 条第 1 款规定，保险事故发生后，按照保险合同请求保险人赔偿或者给付保险金时，投保人、被保险人或者受益人应当向保险人提供其所能提供的与确认保险事故的性质、原因、损失程度等有关的证明和资料。据此，具有保险金请求权的人首先应当负有证明事故属于保险事故的初步举证义务。就本案而言，陈某某家属主张陈某某系意外身亡并提供了居民死亡确认书、死亡证明、遗体火化证明等证据完成了初步的举证义务。

而保险公司反驳陈某某系自杀，应当就其反驳主张所依据的事实提供证据加以证明。根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国

《保险法》若干问题的解释(三)第 21 条规定，保险人以被保险人自杀为由拒绝承担给付保险金责任的，由保险人承担举证责任。受益人或者被保险人的继承人以被保险人自杀时无民事行为能力为由抗辩的，由其承担举证责任。根据“谁主张、谁举证”的原则，索赔请求人需证明被保险人系死于合同约定的意外伤害即意外伤害死亡的举证责任由索赔人负担较为合理。但是，保险人以被保险人系自杀死亡为由拒绝给付保险金的，由保险人承担被保险人系自杀死亡的举证责任更具合理性，亦符合上述司法解释的规定。

因此本案保险公司以陈某某自杀可能性的推测拒绝承担保险责任但未提供证据证明，理由不能成立，应当承担举证不能的法律后果。

3. 从民事证据的证明标准来看，无论是自杀还是意外应当符合“高度盖然性标准”和“证据优势原则”。

根据《民事诉讼法》司法解释第 108 条规定，对负有举证证明责

任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。对一方当事人作为反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，认为待证事实真伪不明的，应当认定该事实不存在。法律对于待证事实所应达到的证明标准另有规定的，从其规定。本案中，在陈某某亲属提供了死亡证明、居民死亡确认书等证据证明了被保险人“高坠死亡、排除他杀”，已经达到了待证事实的程度，结合日常生活经验，人具有趋利避害、求生的本能，经过庭审调查陈某某并没有任何自杀倾

向，在没有自杀证据或证据不足的情形下，推定陈某某是自杀，有悖于日常生活经验和正常的逻辑。

另外，在民事诉讼中采用的是“证据优势原则”，本案中，陈某某的家属提供的证据已能证明意外事故系已经发生的事实，而保险公司只提供了法医现场拍摄照片及光盘等均不属于直接指向陈某某自杀的证据，证明力较低，相比较而言，索赔人较之保险公司的证据证明力更强，更具证据优势。故本案能够基本排除被保险人系他杀或自杀的情形下，保险公司不能举证推翻陈某某亲属的举证，法院可以认定被保险人属于意外身亡，保险公司应当承担理赔责任。

结语

人身保险合同纠纷案件中，当事人对受害人坠亡原因存在争议时，在举证责任上，受害方亲属依据提供《保险法》的规定提供证据达到了待证事实的程度，能够基本排除受害人系他杀或自杀的情形下，如保险公司不能举证推翻受害方亲属的举证，法院可以认定受害人属于意外身亡，保险公司应当及时向受害人亲属履行支付保险金的理赔义务。当然保险公司可以在案发后积极向公安机关调取卷宗档案、申请调取被保险人生前使用的手机、调查事故发生现场反常现象、事件发生的反常时间、证人证言等多方面、多角度的证据来还原事发的情况，进而影响法官自由心证，甚至推翻对方举证，从而争取对保险公司有利的结果。



设立家族信托之法律实务分析

作者：郑华



近日，Z女士家族信托被击穿的消息引发社会关注。故事可能还要从Z女士与CVC Capital Partners（简称CVC）多年的恩恩怨怨说起。当年CVC为收购Q公司成立了La Dolce Vita Fine Dining Company Limited（甜蜜生活美食有限公司），后历经多年诉讼，据称Z女士被判决支付对方1.42亿美元及其利息。这次家族信托被击穿，就是CVC为追回这笔款项，向新加坡高等法院提起了诉讼，申请对Z女士设立的家族信托项下银行账户任命接管人。最终新加坡高等法院认定Z女士为离岸家族信托的所在银行账户的实际所有人，并同意了CVC任命接管人的申请，这也意味着就此家族信托被穿透，债权人可以对这笔资金申请采取相应的执行措施



家族信托缘何被击穿？

信托的财产独立与风险隔离，一直是其受到高净值人群青睐并作为家族财富传承重要工具的理由之一。但是 Z 女士离岸家族信托被击穿后，引发了很多自媒体包括官方媒体的热议，难道家族信托的风险隔离作用失灵了？倘若目前披露的各项信息属实，该信托账户缘何会被法院判决击穿？

根源恐怕在这四个字——“过度控制”。

从比较法角度，不论是境内还是域外法律，均认为信托一经设立，便从委托人、受托人、受益人财产中独立出来，成为一项独立运作的财产，只服从于信托目的。虽然随着信托制度的发展以及各国文化差异影响，不同国家或地区对于委托人设立信托时，可以设定一定的“权力保留”。但并非所有保

留的权力都可能会影响信托的效力，或是影响信托财产的隔离功能。常见的权力保留如保留财产管理权、保留撤销信托的权力、保留变更受益人等权力。但如果这种权力保留，导致受托人对于信托财产管理的意志独立性被完全剥夺或撤销权的行使使信托财产完全又归于委托人时，在英美法系该撤销权可被认定为“所有权”而被法院“接管”。

所以，如若事实真如裁判文书公布的信息一样，Z 女士在法院下发资产冻结令之前，直接指示委托人转移信托账户内的钱款，并用于购买登记于自己名下的房屋。该行为已经违背了“信托目的”，最终使得法院认定账户财产已非“信托”而是“所有权”。

家族信托如何保证风险隔离作用呢？

我们说家族信托是财富传承的有效手段，不能过度神话它的功

能，也无需因为个别家族信托被穿透，便望而却步。



企业家们，当你们为自己的家族规划信托时，这六个方面是你必须关注的问题。

一是信托目的违法或损害公共利益，无效！我国《信托法》明确规定“信托目的违反法律、行政法规或者损害社会公共利益”的无效。所以，以信托之名，规避法律、法规的强制性规定或直接损害公共利益的信托会被认定为无效信托，自始不发生效力。域外也有“虚假信托”认定，一方面会判断委托人与受托人之间有无“虚假的恶意共谋”；另一方面委托人客观上对于信托财产的全面管控也会成为综合衡量的重要标准。

二是以非法财产设立信托，无效！委托人一定要保证信托财产的合法性，对于一些非法收入，是不能纳入信托财产的，否则会导致信托的无效。

三是设立信托损害其债权人利益的，可撤销！我国《信托法》第十二条就明确规定“委托人设立信托损害其债权人利益的，债权人有权申请人民法院撤销该信托。”

并且撤销权的行使应当在自债权人知道或者应当知道撤销原因之日起一年内，否则归于消灭。信托被撤销后，债权人便能够向债务人（委托人）主张权利，但不影响善意受益人已经取得的信托利益。

四是滥用信托制度且有转移风险的，可保全！这里不得不提到国内“家族信托被强制执行第一案”（2020）鄂 01 执保 230 号。该案胡某与杨某为夫妻关系，而与张某为婚外情人关系，并于 2014 年生子小张。2016 年张某以自己为委托人、某信托公司为受托人，儿子小张为受益人设立了一份家族信托。随后，原配杨某以不当得利纠纷向武汉市中级人民法院对胡某、张某提起诉讼，并向武汉中院申请财产保全，冻结、查封了张某名下多处房产以及信托资金和收益。而被申请人张某申请解除保全措施，但武汉中院驳回张某的异议申请。后张某作为小张的监护人，以小张之名提起执行异议，武汉中院依然裁定冻结家族信托，但中止对信托基金收益的执行。而法院之

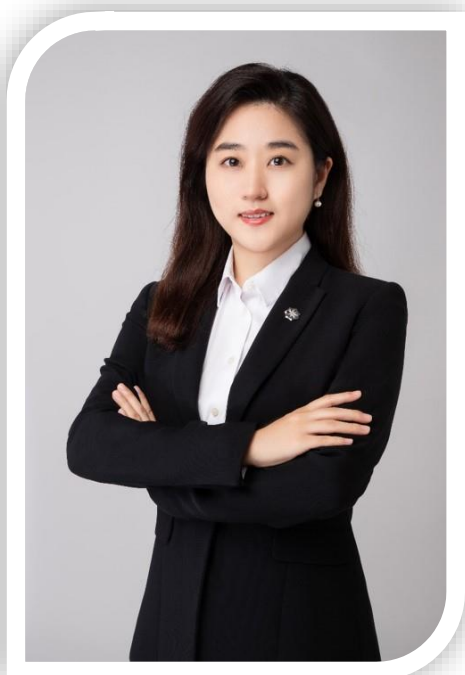


所以要进行保全，正是因为张某滥用信托制度，抱有不正当的目的设立信托，违反了公序良俗，也脱离了信托制度的本源，于是对信托财产不得强制执行的规定（除我国《信托法》17条外）被击穿。

五是委托人“过度控制的”，可击穿！由于国情的特殊性，我国信托制度中，委托人可以保留较多的控制权，又不妨碍家族信托资产的独立性，但是这种控制也不是没有边界的。当这种控制已经使得信托财产完全丧失独立性或受托人完全没有任何“自由裁量权”时，信托仍然有被击穿的风险。正如Z女士离岸信托被击穿的事例中，英

美法系国家对于委托人权力保留的审查是十分严格的，也是认定信托无效或可撤销的重要方面。

六是离岸信托设立，并非一劳永逸！很多高净值人群出于各种考量在境外设立信托，并设计非常复杂的权力保留安排，约定管辖地为离岸地，认为这样就可以较大地保证信托的效力。然而，实践中，却碰到很多特殊情况，特别是信托财产并不在信托设立地时，债权人在其他国家或地区的法院起诉并适用相应法律法规或判例精神，最终导致信托被击穿的情况。所以，提醒大家，离岸信托也并非无懈可击。



郑华

上海七方律师事务所 高级合伙人
上海市闵行区劳动人事争议委员会

兼职仲裁员

上海市闵行区人民法院 特邀调解员

业务方向：劳动法、公司法、
婚姻家庭法律服务

联系方式：18116026089

签订劳务合同也可能成立劳动关系

作者：王余婷

笔者在和很多企业的 HR 交流中发现，大家普遍认为员工之间签订劳务合同，双方之间就建立“劳务关系”，基于劳务法律关系，企业就无需为员工缴纳社保及公积金，可以降低很多用工成本。这样的理解是片面的，当符合劳动关系特征时，即便企业与员工之间签订劳务合同，也有可能被裁审部门认定建立“劳动关系”。

例如一名 55 周岁的男员工，从事运营工作，一天工作 8 小时，每周工作 5 天，企业与该员工之间签订了劳务协议。此种情况完全符合建立劳动关系的“三要素”，实质上双方之间建立的是劳动关系而非劳务关系。此份劳务协议，也只是名称上的叫法，并不会影响企业与员工之间实质上建立劳动关系。该企业如按照劳务协议中的约定提前 3 天单方解除协议，就会面临违法解除劳动关系的法律风险，还存在哪些风险呢？下面我们一一进行分析。

双倍工资的法律风险

当企业与员工之间签订劳务合同，但实质上建立劳动关系的，企业是否需承担未签订书面劳动合同双倍工资的法律风险呢？对于这个问题，存在两种观点，一种观点认为根据《劳动合同法》第八十二条规定：“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。”企

业虽与员工之间签订劳务合同，但双方之间确实没有签订劳动合同，就应按照《劳动合同法》第八十二条规定，向员工支付未签订书面劳动合同的双倍工资差额。

另一种观点认为，不应只看劳务协议的名称，要看劳务协议的内容，是否已具备劳动合同的必备条款。如劳务协议的条款已具备《劳动合同法》第十七条规定的必备条



款，则此份劳务协议就应视为劳动合同，不应支持员工主张双倍工资差额的请求。在上海市闵行区人民法院审理的(2020)沪 0112 民初 8845 号中就持此种观点，法院认为：“原被告之间签订的劳务合同约定了劳动者姓名、住址，合同期限，工作内容和工作地点，工作时间和休息休假等劳动合同的必备条款，故劳务合同即为劳动合同，

原告此项诉请，因缺乏依据，本院实难支持。”

企业如主观上并没有恶意规避相关法定义务，只是认识上的错误，与员工之间签订了劳务协议，且劳务协议中的条款，对劳务合同的期限、劳务报酬的金额、工作岗位等已进行明确约定，且有关报酬的发放均已按照约定时间支付了。在此前提下，笔者较为倾向于第二种观点。

工伤保险责任

工伤认定的前提是企业与员工之间建立劳动关系，当建立劳务关系时，就不存在工伤的问题。企业与员工之间虽签订劳务合同，如经裁审部门审理判决双方之间建立劳动关系。员工因工受伤的，是有可能被认定为工伤。因企业常存侥幸心理，认为只要签订劳务合同，就建立劳务关系，无需为员工缴纳社会保险。在此种情况下，签订劳务合同的员工被认定与企业之间建立劳动关系，进而被认定为工伤，因企业未缴纳工伤保险，根据《工伤保险条例》第六十二条规

定，所有的工伤保险待遇均由企业自行承担。

工伤认定部门在认定工伤时会要求提供与企业之间存在劳动关系的证明材料，对员工而言，因其与企业之间签订的是劳务合同并没有劳动合同，那该咋办呢？此时，员工也不必担心，可通过向劳动仲裁委员会申请确认某段时间与企业之间存在劳动关系的方式来证明与企业之间建立劳动关系，并向工伤认定部门递交生效的仲裁裁决或判决书。



在劳动仲裁或法院庭审中，企业肯定会提供双方之间所签订的劳务合同，证明双方之间无建立劳动关系的意思表示，双方之间自始至终就是建立劳务关系。员工也不必过于恐慌，就像上面分析的一样，不要被劳务合同的名称所迷惑，合同的名称并不能决定企业与员工之间建立的法律关系，是否建立劳动关系还是要看是否符合建

立劳动关系的三要素，是否符合原劳社部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）中的规定。裁审部门会结合双方所提供的证据，裁判双方之间是否建立劳动关系。如裁判认定企业与员工之间建立劳动关系，就有可能被认定为工伤，进而享受相关的工伤保险待遇。

违法解除劳动关系的责任

从企业与员工之间所签订的劳务合同中通常有这样的条款：

“任何一方提前3天书面通知，就可解除本协议，且无需支付任何的经济补偿或赔偿。”如裁审部门认定企业与员工之间虽签订劳务合同，但双方之间建立劳动关系的，且企业已按劳务合同中约定的解除条款，提前3天通知员工解除协议，此时，企业就会面临违法解除劳动关系的法律责任。

劳动关系的解除及终止实行法定原则，对于企业单方解除劳动关系，企业可依据《劳动合同法》第39条、第40条及第41条所规

定的情形解除劳动关系，在上述条款中没有一条规定，企业可行使单方任意解除权，提前3天书面通知员工就可单方解除劳动关系。因而，企业与员工之间签订劳务协议，实质双方之间建立劳动关系，企业依据劳务协议的约定提前3天解除协议，属违法解除劳动关系，需向员工承担违法解除劳动关系的法律责任。

对于违法解除劳动关系的法律责任，要么恢复劳动关系及支付恢复劳动关系期间工资，要么向员工支付违法解除劳动关系的赔偿金。劳务协议中虽约定无需承担任



何的经济补偿或赔偿金，此条款是建立在双方之间存在劳务关系。当双方之间建立劳动关系，这样的条款属《劳动合同法》第二十六条规定的，用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的，属无效条款，企业仍需依法向员工承担违法解除劳动关系的法律责任。

劳务关系与劳动关系，虽只有一字之差，但对企业而言，所承担的法律责任却是完全不同的，企业一定要正确区分劳务关系与劳动关系，与员工之间签署正确的合同，这是非常关键的。通过对上述三方面的分析，想必企业 HR 们已意识到，有时签署劳务合同，会弄巧成拙，本想节省用工成本，可到头来可能会面临更大的法律风险。

王余婷

上海七方律师事务所 合伙人

七方劳动法律服务部 律师

上海律协劳动与社会保障业务研究委员会
委员

上海市总工会女律师志愿服务团成员

业务方向：劳动法、企业法律顾问

联系电话：13641834607



用人单位发放 offer 的法律性质分析

作者：李华平

LABOR LAW

案情简介

2021 年 2 月 9 日，北京某人力资源服务上海有限公司（以下简称人力资源公司）向纪先生的个人邮箱发送电子邮件，邮件主题为《聘用通知书（offer）》，载明：“我们真诚的邀请您加入公司大家庭！附件是聘用通知书（offer），请您确认相关信息并在 1 个工作日内邮件回复‘本人确认接收此份 offer’，同时按照下表要求提交您的身份证件和联系住址……”。

《聘用通知书》载明了入职日期为 2021 年 3 月 18 日，职位为美术总监，合同期限为 1 年，其中试用期

两个月，基本工资 112,500（税前）元/月。

通知中同时要求：员工认可并同意，公司有权查证员工申请雇用时提供的信息，包括但不限于员工个人简历中的信息。本聘用意向书亦取决于员工同意接受并令人满意地通过公司的聘用背景筛查。如果公司筛查结果显示以下情况，可能撤回聘用意向书且立即终止与您的劳动合同：（1）学历，工作经历等与事实不符；（2）没有透露之前的犯罪行为或不道德的行为；……”。2021 年 2 月 10 日，

纪先生回复邮件“本人确认接收此份通知”。

2021年2月18日，人力资源公司向纪先生发送新员工入职流程简介的邮件，其中包含提交个人资料、劳动合同签署等。2月22日，纪先生向原公司提出辞职。3月12日，原公司对纪先生出具《离职证明》，载明纪先生因个人原因提出离职，并已正式办理离职等手续。

2021年3月5日，人力资源公司向纪先生发送《撤销聘用通知书》的电子邮件，载明：“纪先生，我司于2021年2月9日向您发送了《聘用通知书》，但因您背调未通过原因，我司决定撤销该《聘用通知书》，不再与您建立劳动关系”。

2021年5月14日，纪先生与上海某软件开发有限公司签订劳动合同，约定合同期限3年，工资

为税前1,044,800元/年（税前），按月发放基本工资。

2021年12月27日，纪先生向法院提起诉讼，要求人力资源公司赔偿纪先生缔约损失250000元。

人力资源公司辩称，《聘用通知书》中明确约定如个人未通过背景调查，可以取消录用，经公司背景调查，其在上家单位存在性骚扰的不道德行为，公司有权取消录用通知，无需承担赔偿责任；即使存在缔约过失责任，其所主张的赔偿金额也是过高的，不具备合理性。人力资源公司为证明纪先生存在不道德行为未通过背景调查，提供2021年2月28日与两名案外人员的调查记录，但调查记录为打印件，无参与人员签名盖章。季先生对该调查记录真实性不予认可，对调查人员与受访人员的身份等不认可。

裁审结果

法院判决人力资源公司赔偿纪先生损失人民币160,000元。

律师分析

一、聘用通知书 (offer) 的法律性质为要约，要约可否撤销应当符合《民法典》规定。

《民法典》第四百七十六条规定，要约可以撤销，但是有下列情形之一的除外：（一）要约人以确定承诺期限或者其他形式明示要约不可撤销；（二）受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同做了合理准备工作。

本案中，人力资源公司于 2021 年 2 月 9 日纪先生发出《聘用通知书》，要求其于 1 个工作日内回复邮件确认接收，纪先生在规定时间内邮件回复确认同意。2 月 18 日，人力资源公司向纪先生发送新员工入职流程简介的邮件，此后纪先生向原公司提出辞职。这些都符合了要约不得撤销的相应情形。

至于《聘用通知书》同时载明“取决于通过聘用的背景筛查，如筛查…您没有透露之前的犯罪行为或不道德行为可能撤回聘用意向书且终止劳动合同”，但人力资源公司在背景筛查中缺乏充分证

据，提供的事实不具有考证性。因此人力资源公司存在缔约过失行为。

二、人力资源公司违背诚信单方面撤销 offer，需承担缔约过失赔偿责任。

《民法典》第五百条规定，当事人在订立合同过程中有下列情形之一的，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚信原则的行为。

认定缔约过失是否成立的关键就在于认定缔约方是否在缔约过程中存在违反先合同义务的行为。本案中，人力资源公司向纪先生发出《聘用通知书》后在得到明确承诺的情形下，本应与其签订书面劳动合同，但却单方面不履行，有违民事行为诚实信用的法定义务。在此期间，造成纪先生一定时间的失业状态，应承担缔约过失责任，赔偿其因此而遭受的经济损

失。鉴于造成损失的多少，法院结合纪先生前、后履行的劳动合同薪酬，对其因人力资源公司缔约过失

行为所致经济损失，酌定按 80,000 元/月，计二个月，合情合理。

律师提醒

用人单位和劳动者订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。若一方在合同订立过程中违反诚实信用原则给对方造成信赖利益损失的，应当承担相应的缔约过失赔偿责任。

在招录用过程中，企业要在对应聘者的相应资质、岗位匹配度等进行全面考察后，谨慎做出录用决定；一旦发出录用通知，就应当重承诺、守约定。如确因客观原因无

法录用，应及时撤回录用通知，避免产生缔约过失责任或尽可能减少损失。

对于劳动者而言，则应当注意保留相关证据，特别是要保留与企业方的相关招聘录用的沟通聊天记录，以及对录用通知书确认承诺的相关记录。如果企业方发出录用通知后又违反诚信而反悔的，造成劳动者损失，劳动者可以向人民法院提起诉讼，向企业方主张缔约过失损害赔偿责任。



李华平 律师

上海七方律师事务所 首席合伙人
上海律协劳动与社会保障业务研究委员会 副主任
全国律协劳动与社会保障法专业委员会 委员

上海市总工会法律顾问团成员
华东政法大学文伯书院校外导师
上海社科院法学所硕士生实务导师
浙江农林大学法律硕士实务导师
《劳动报》劳权周刊专家点评律师

业务方向：劳动法、企业法律顾问、
法律培训

联系方式：13917749521



绩效工资差额实务分析

作者：原悦

案情简介

张某于2016年5月26日进入上海某投资管理有限公司，担任投研总监一职，该公司与某财务咨询公司共同隶属于另一股份有限公司，2016年11月1日，张某的劳动关系转入金融公司处，但仍担任原投资管理公司的投研总监的职务，金融公司承继张某在原投资管理公司的所有权利义务。金融公司与张某签订了2016年11月1日至2018年5月25日的劳动合同，合同约定张某月基本工资为20,000元。

2016年1月1日，投资公司发布2016年奖励方案，该方案载明“奖励的分配方案：按照公司对外发行所有基金年度总收益的20%提成；……行业研究员分配权重比例12%……”。

2016年11月1日，金融公司

发布了修订版奖励方案，对绩效工资的提成比例进行了修改，并明确了退出并经过结算部分的股票可以作为公司的收益进行绩效工资资金的发放。该奖励通过邮件告知了全体员工，张某提出异议，不同意对比例进行变更。

2018年1月，投资公司发布工作总结与规划中载明“……2017年公司在二级产品上累积投入10,035万元，收回2,885万元，实际年终投入7,150万元；总体实现盈利11,036万元，已结算3,480万元，……17年实际使用的费用为324万元，……”。

王某据此要求金融公司支付其绩效工资差额217.984万元 $[(11,036 \text{ 万} \times 20\% - 324 \text{ 万}) \times 12\% - 8]$ （已支付8万元），金融公司认为“盈利”并不等同于



“收益”，“总体实现盈利 11,036 万元”仅为浮动盈利，股票如果在资金账面上未退出，就有可能进入下一次的投资行为，只有退出并经过结算的部分，才可以作为公司的收益进行绩效工资金的发放，故股票二级市场绩效工资金的计算基数应以 3,480 万元作为基数，扣除

税费等其他费用剩下是 2,700 万元根据修改后的奖励方案，按照比例及个人团队贡献度等计算个人应得 7 万多元，所以公司支付了其 8 万绩效工资，不存在差额。

张某为由提起劳动仲裁，要求金融公司支付：2017 年度股票二级市场绩效工资差额 2,179,840 元。

裁判结果

劳动争议仲裁委员会仲裁裁决金融公司支付张某绩效工资差额 79 万；一审法院判决金融公司支付张某绩效工资差额 44640 元；二审法院撤销一审法院判决改判

为金融公司支付张某绩效工资差额 2,179,840 元；高院再审又撤销二审法院的判决，最终维持一审法院的判决结果。

律师分析

该案判决可谓一波三折，最核心的争议焦点有两个：一是绩效工资方案的适用，是适用旧版还是新版？二是绩效工资的计算基数的确定，是根据“盈利”还是“退出结算金额”？

一、用人单位对涉及劳动者重大切身利益的重大事项修改应当经过民主程序，而不能单方变更。

《劳动合同法》第四条规定，用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表

平等协商确定。在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。

本案中，金融公司对绩效工资比例的调整属于对涉及劳动者切身利益的重大事项变更，应当经过民主程序进行修改，而金融公司并没有履行民主程序，只是通过邮件单方告知的方式对比例进行调整，违反了法律规定，因此是无效的，应当适用旧的奖励提成方案。这一点仲裁、一审、二审、再审均进行了判定。

二、绩效工资的计算按照双方约定确定，约定不明时，应当结合绩效工资设定目的及行业特点等综合判定。

用人单位设定绩效工资的目的，在于通过设定目标激励劳动者发挥主动能动性，提高绩效，从而实现企业增加创收，这并不等同于“基本工资”，所以法律允许用人单位结合自身的经营需要与劳动者创设绩效考核方案，劳动者可以根据自己完成的绩效，获得相应的

绩效工资。

本案中，双方对于旧方案约定内容并不存在争议，最大的争议是约定的绩效工资基数的“收益”到底指盈利还是实际结算后获取的利润。一审法院和二审法院也作出了完全不同的理解。

一审法院认为：结合生活常理综合判断，金融公司主张根据退出结算更为合理，故根据已结算的3,480万元作为股票二级市场绩效奖金的计算基数，但张某就其所涉股票二级市场再行结算所获收益仍可主张权利。

二审法院认为：旧的奖励方案中并没有明确以退出结算金额作为绩效工资的基数，而在修改后的奖励中明确退出结算作为计算基数。公司作为方案的制订者，出现不同解释时，应当作出对其不利的解释，从公平合理的角度，收益即使没有结算，其中也包含着劳动者付出的劳动成果，如果按照中汇金锐公司的主张，发放股票二级市场绩效工资是以结算为前提，那么只要用人单位没有进行结算，无论用



人单位实现盈利多少，劳动者均不能提成，对于劳动者而言是极不公平的。

再审法院认为：从常理分析，作为发放绩效工资奖励的基础，一般意义上理解应当是公司取得收益以后，再根据员工工作成效进行奖励，不同于员工基本工资的发放条件。因此绩效工资发放的前提应当理解为公司实现了收益，年度总

收益为基金项目退出并结算的实际收益有其合理性。

三级法院从不同的角度进行了认定，可以说各自具有一定的合理性，这也是导致出现二次改判的主要原因。为避免产生歧义而引发争议，建议用人单位与劳动者在设定激励方案、提成规则制度时，应当约定得更为具体明确和具有可操作性。



原悦

上海七方律师事务所 律师

七方劳动法律服务部 律师

业务方向：劳动法、民商事争议解决

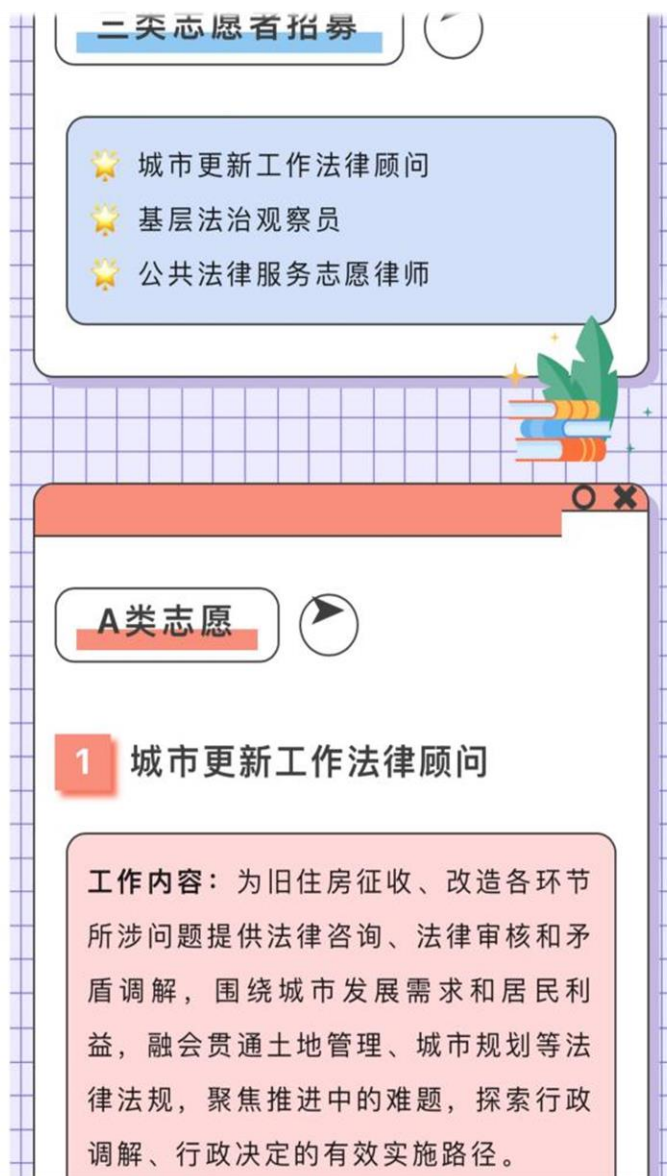
联系方式：13524209223

《上海市城市更新条例》解读（上）

作者：廖潇歌

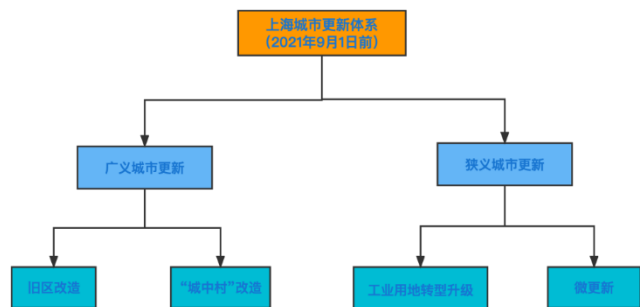
近期，徐汇区司法局针对城市更新工作、基层法治观察员、公共法律服务向全区律师发生志愿者招募令。针对该招募令中的工作内容，作者就城市更新中的旧住房更新改造（含征收）法律常识进行阐述，欢迎各位批评指正。

徐汇区司法局 2023-02-18 22:16 发表于上海

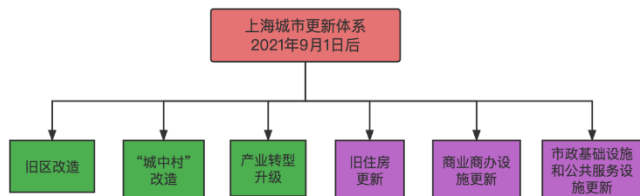


一、上海城市更新体系前后对比。目前国家层面尚未对城市更新有明确定义，但综合各地出台的城市更新相关规定来看，城市更新一般是指对特定城市建成区

（包括旧工业区、旧商业区、旧住宅区、城中村等）根据城市规划和有关规定程序，进行综合整治、功能改变或者拆除重建的活动。



上图 为 2021 年 9 月 1 日《上海市城市更新条例》施行前的上海城市更新体系



上图 为 2021 年 9 月 1 日《上海市城市更新条例》施行后的上海城市更新体系

二、城市更新与旧改征收的关系

在房屋征收机制中，基于公共利益维护的“4+1+X”情形，前四项的情形性质相对明确，第（五）项情形具有城市特色，与现阶段的“城市更新”具有某种范围交叉。由此可见，对城市更新活动中的旧区

改造、旧住房更新、“城中村”改造等的处理，有一个参照性规定条款。

上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则

第八条（确需征收房屋的情形）为了保障国家安全、促进国民经济和社会发展等公共利益的需要，有下列情形之一，确需征收房屋的，由区（县）人民政府作出房屋征收决定：（一）国防和外交的需要；（二）由政府组织实施的能源、交通、水利等基础设施建设的需要；（三）由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社会福利、市政公用等公共事业的需要；（四）由政府组织实施的保障性安居工程建设的需要；（五）由政府依照国家和本市有关城乡规划规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行旧城区改建的需要；（六）法律、行政法规规定的其它公共利益的需要。

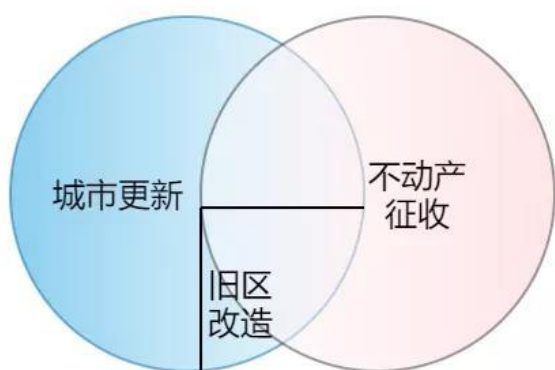
上海市城市更新条例

第六十三条 旧区改造、旧住房更新、“城中村”改造等城市更新活动，国家有相关规定的，从其规定。
对旧区改造、旧住房更新、“城中村”改造的计划、实施等方面，本条例未作具体规定的，适用本市其他相关规定。

由下图可以看出，《上海市城市更新条例》中的城市更新，系大城市更新的概念，包括旧区改造，但旧区改造的更新，核心方式仍是征收。不过，征收在与城市更新中的交叉范围中，不仅限于旧区改造。

另外，从《上海市城市更新条例》第 31、32 条可知，在产权归集上主要是：涉公共

利益的更新改造，采用房屋征收的办法；不涉及公共利益（另如拆除重建、成套改造），采用协议置换方式。



三者关系图

三、旧住房更新的主要类型

（一）拆除重建 是指将建筑结构差、年久失修、功能不全、存在安全隐患且无修缮价值的旧住房，予以拆除、重新建设。

（二）成套改造 是指将建筑结构差、功能不全、确需保留的旧住房，通过原址改建等方式，使其能够独用成套。包括贴扩建改造、里弄房屋内部整体改造、抽户改造等几种具体情形。

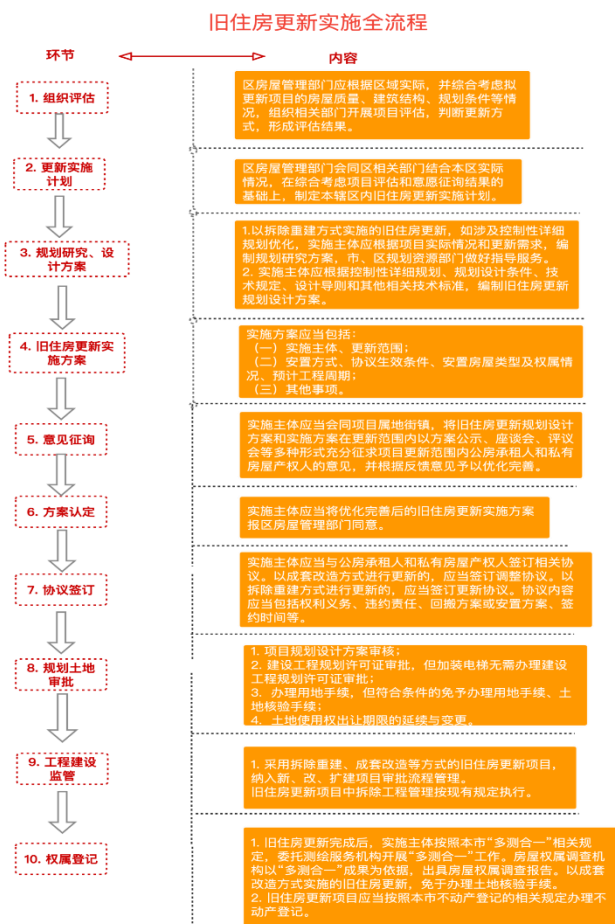
（三）保留保护建筑修缮 主要包括实施优秀历史建筑的保护修缮、加强保留历史建筑的保护更新、有序推进历

史风貌区内房屋整体修缮等等方面。

（四）既有多层住宅加装电梯 指针对在符合加装条件的老楼房采用外接式办法加装电梯。在应当遵循民主协商、因地制宜、安全适用、风貌协调的原则，鼓励“电梯设备+维保服务”一体化采购模式等方式完善服务配套，以及加强安全质量监管工作。

四、旧住房更新实施全流程及相关表

决（一）流程图



(二) 关于意愿征询和表决

种类	意愿征询	表决
1. 公有旧住房拆除重建	充分征求公房承租人意见(80%以上同意),并报房屋管理部门同意。	公房产权单位应当与公房承租人签订更新协议,在签约比例达到 95%以上后方可实施更新改造。
2. 公有旧住房成套改造	经房屋管理部门组织评估需要调整使用权和使用部位的,调整方案应当充分征求公房承租人意见(80%以上同意),并报房屋管理部门同意。	公房产权单位应当与公房承租人签订调整协议,并在签约比例达到 95%以上后方可实施更新改造。
3. 私有旧住房的更新改造	经项目更新范围内 80%以上的私有房屋产权人同意。	启动旧住房更新,签约比例达到 95%方可实施。

【总结】

经上述意愿征询与表决程序不能实施更新改造的,如为保护社会公共利益的需要,政府可依法通过征收的方式实施更新改造。根据《上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则》之规定,征收范围确定后,房屋征收部门应当组织征询被征收人、公有房屋承租人的改建意愿,有 90%以上的被征收人、公有房屋承租人同意的,方可进行旧城区改建,并且,补偿协议在签约比例达到 80%后生效(即目前征收过程中常常采用的“两轮征询”)



廖潇歌 律师

七方律师事务所副主任、高级合伙人
徐汇区人大代表
上海市律协社会公共服务业务委员会副主任
北海国际仲裁院仲裁员

业务方向: 城市更新(不动产征收)
城市管理(市场监管) 行政执法
公共法律服务(社区治理)

联系方式: 13611936047

《上海市城市更新条例》解读（下）

作者：廖潇歌

上期与大家探讨了城市更新中的旧住房更新改造相关问题（城市更新工作招募帖来了，你接招吗？（上） | 七方法苑）。本期将谈谈旧住房更新争议的解决及处理以及所依据的相关规定。

五、旧住房更新争议解决及处理

（3）拒不配合拆除重建、成套改造的

《上海城市更新条例》最终采用了“调解+决定+强制执行”的强制产权归集路径，避免了100%的签约方可实现后续更新建设的困境。

其他情形。

公房承租人、私有房屋产权人提出行政调解的，由项目实施主体根据前款规定向区人民政府申请。

（一）行政调解

2. 调解申请材料

1. 申请调解

项目实施主体向区人民政府申请行

当签约比例达到95%以上协议生效的，公房承租人、私有房屋产权人有如下情形之一，拒不配合的，项目实施主体可以向区人民政府申请行政调解：

政调解时，应当提供以下材料：

（1）公房承租人拒绝签订更新协议或者调整协议，或者拒绝根据拆除重建方案、调整方案内容履行相应事项；

（1）行政调解申请书；

（2）申请人的身份证明材料；

（3）拆除重建方案或者调整方案；

（4）拆除重建方案或者调整方案向全体公房承租人和私有房屋产权人征求意见的情况；

（2）公房承租人死亡后，无法确定签约主体或者确定的签约主体拒绝签订更新协议、调整协议的；

（5）房屋管理部门对拆除重建项目或者成套改造项目的立项文件；

（6）协议生效的证明材料；

(7) 项目实施主体与公房承租人、私有房屋产权人在拆除重建方案或者调整方案确定的签约期限内未达成协议的协商记录，协商记录应当由当事人签名，当事人拒绝签名的，由现场见证人签名。

对申请人已经提交并且能够通过信息化手段调取的材料，或者能够通过数据互认共享手段获取的其他单位的证明材料，申请人无需重复提供。



3. 调解程序

区人民政府应当自受理调解申请之日起 30 日内完成调解。情况复杂在规定时间内无法完成调解的，可以延长 15 日。

经区人民政府组织调解后，项目实施主体和公房承租人、私有房屋产权人达成一致意见的，各方应当签订更新协议或者调整协议。

项目实施主体与公房承租人、私有房屋产权人无法在规定的调解期限内达成一致意见或者明确表示不接受调解的，即为调解不成，调解终止。无正当理由两次缺席调解，视为调解不成。

区人民政府应将争议事项、调解请求、调解结果，包括履行方式、期限或者调解不成等调解情况记录在案，当事人以签名或者盖章等方式予以确认。拒绝签名或者盖章确认的，由调解机关记明情况。

(二) 行政决定

1. 行政决定申请材料

调解不成的，项目实施主体可以报请区人民政府作出行政决定，并提供以下材料：

(1) 请求作出行政决定的申请书；

(2) 行政调解申请情况；

(3) 根据拆除重建方案或者调整方案明确的搬离期限、回搬或者安置方案等；

(4) 其他与作出行政决定有关的材料。

2. 受理和审理



(1) 请求作出行政决定的申请材料齐全的，区人民政府应当自收到申请之日起 5 日内受理，并向项目实施主体发送受理通知书，向公房承租人或者私有房屋产权人发送受理通知书及申请书副本。

(2) 请求作出行政决定的申请材料不齐全的，区人民政府应当告知项目实施主体 7 日内补齐，材料补齐日为收到申请日。

(3) 区人民政府在作出行政决定前，应当听取项目实施主体、公房承租人和私有房屋产权人的陈述，核实相关证据材料，查清相关事实，并制作笔录。

3. 作出行政决定

区人民政府应当于项目实施主体报请之日起 30 日内作出行政决定；有正当理由的，可以延长 30 日作出行政决定。行政决定主要包括以下内容：

(1) 当事人的姓名或者名称等基本情况；

(2) 认定的事实、理由和适用的法律法规等依据；

(3) 根据拆除重建方案或者调整方案明确的搬离期限、回搬或者安置方案等；

(4) 告知公房承租人或者私有房屋产权人行政复议、行政诉讼的权利及期限；

(5) 区人民政府名称、决定日期并加盖公章。

行政决定规定的搬离期限，不得少于 15 日。

4. 文书送达

行政决定文书应当送达当事人，并保存送达的证据。行政决定文书的送达，适用《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定。

5. 行政决定执行

行政决定文书送达后，项目实施主体、公房承租人和私有房屋产权人应当执行。

(三) 行政复议、行政诉讼

公房承租人、私有房屋产权人对区人民政府作出的行政决定不服的，可以依法提起行政复议、行政诉讼。



（四）强制执行

公房承租人、私有房屋产权人在法定期限内不申请行政复议或者不提起行政诉讼，在行政决定规定的期限内又不配合的，由作出行政决定的区人民政府依法申请人民法院强制执行。

区人民政府在申请人民法院强制执行前，应当依法书面催告公房承租人或者私有房屋产权人履行义务。

六、相关法律法规规范性文件目录

（一）国家推进旧住房更新改造工作的指导性文件、规范性文件

1. 《国务院办公厅关于全面推进城镇老旧小区改造工作的指导意见》

2. 《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和 2035 年远景目标纲要》

3. 《关于在实施城市更新行动中防止大拆大建问题的通知》

（二）法律

1. 《中华人民共和国土地管理法》
2. 《中华人民共和国城乡规划法》
3. 《中华人民共和国城市房地产管理法》
4. 《中华人民共和国招标投标法》
5. 《中华人民共和国文物保护法》
6. 《中华人民共和国建筑法》
7. 《中华人民共和国节约能源法》
8. 《中华人民共和国防震减灾法》
9. 《中华人民共和国消防法》
10. 《中华人民共和国民法典》
11. 《中华人民共和国老年人权益保障法》
12. 《中华人民共和国特种设备安全法》

（三）法规、司法解释、规范性文件

1. 《上海市城市更新条例》



2. 《物业管理条例》
3. 《不动产登记暂行条例》
4. 《无障碍环境建设条例》
5. 《上海市旧住房更新有关行政调解和决定的若干规定》
6. 《上海市旧住房成套改造和拆除重建实施管理办法（试行）》
7. 《上海市住宅物业管理规定》
8. 《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件适用法律若干问题的解释》
9. 《最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件适用法律若干问题的解释》
10. 《关于进一步做好本市既有多层住宅加装电梯工作的若干意见（沪建房管联〔2019〕749号）》
11. 《关于调整本市既有多层住宅加装电梯业主表决比例的通知》
（沪建房管联〔2020〕801号）
12. 《既有多层住宅加装电梯不同楼层业主出资指导区间（沪房更新〔2021〕18号）》
13. 《关于进一步明确本市既有多层住宅加装电梯审批管理等要求的通知》
（沪建房管联〔2021〕74号）
14. 《上海市城市更新指引》（沪规划资源规〔2022〕8号）
15. 《上海市城市更新操作规程（试行）》（沪规划资源详〔2022〕505号）
16. 《上海市城市更新规划土地实施细则（试行）》（沪规划资源详〔2022〕506号）

知产纠纷中适用赔礼道歉实务分析

作者:孙志勇

赔礼道歉是我国法律规定的民事责任承担方式之一，在知识产权领域，我国《著作权法》第 52 条、第 53 条也把赔礼道歉作为了侵犯著作权的责任承担方式之一。但对赔礼道歉的适用条件，法律并无明确规定，实践中，各法院的认定标准也并不相同。在某些情况下，基于利益、声誉等各种因素的考量，是否赔礼道歉有时会成为一个个案的焦点问题，成为双方谈判的一个重要筹码。因此，有必要进一步明晰知识产权领域赔礼道歉的适用条件。

一、赔礼道歉的适用现状

从形式上来看，赔礼道歉并不涉及任何经济利益的减损或增加，其更多是一种精神上的抚慰。然而，在当前知识产权侵权诉讼中，权利人除要求赔偿损失外，通常还会提出赔礼道歉的诉请。

而且，实践中出现的情况是，有的权利人不管这一诉请是否有法律依据，一律要求侵权人赔礼道歉；有的权利人出于“争口气”的目的，宁愿不要经济赔偿，也坚持要求侵权人赔礼道歉；还有的权利人，会提出要求侵权人在《人民日报》头版赔礼道歉，等等。

而对侵权人而言，有的侵权人将赔礼道歉视为一种自我羞辱，出于声誉、“面

子”或者舆情影响的考量，宁愿多赔偿而绝不赔礼道歉；有的为了免除赔礼道歉的责任，宁愿承担正常赔偿金额的几倍、甚至十几倍的赔偿，与权利人达成和解。正因为如此，实践中，有的权利人把要求赔礼道歉作为获取更高赔偿金的筹码。

而在赔礼道歉的司法适用中，要求侵权人承担赔礼道歉法律责任的标准并不统一，比如适用范围、适用主体、适用标准等等，不同法院的判决结果并不完全相同，这在一定程度上也导致了适用的混乱。

二、赔礼道歉的适用范围

我国《民法典》第 179 条规定了赔礼道歉是民事责任承担方式之一，同时在第

995 条和第 1000 条，即第四编人格权中两次提及赔礼道歉。

在民法理论及实务中，主流观点均认为，赔礼道歉的目的是为了使人格受到侵害的权利人在精神上得到抚慰，其仅适用于人格权益，也就是带有人身属性的权益受到损害的情形。因此，在知识产权领域，赔礼道歉的适用也有其特定的范围。

（一）商标、专利等侵权行为不应适用

赔礼道歉

商标的背后蕴含着商誉，在商标、专利侵权诉讼中，许多权利人以侵权行为损害商誉为由，除要求赔偿损失外，还要求侵权人赔礼道歉。

然而，在我国知识产权领域，规定赔礼道歉责任承担方式的只有《著作权法》，我国《商标法》《专利法》《反不正当竞争法》等均没有规定赔礼道歉的责任承担方式，因为商标、专利等通常被认为是单纯的财产性权利，而不包含人身属性。

因此，在此类侵权诉讼中，权利人主张赔礼道歉通常难以获得法院支持，在最高人民法院（2017）最高法民申 663 号案

件中，法院就认为，“区别于著作权，商标权作为一种财产性权利，不包含人身权利的内容，亦不需要判令侵权人公开赔礼道歉来对商标权人予以救济。二审法院在此基础上，改判驳回曹成功有关赔礼道歉的诉讼主张，具有事实与法律依据，本院予以维持”。

（二）单纯的著作财产权侵权行为，也不适用赔礼道歉

我国《著作权法》第 52 条、第 53 条共列举了 19 项侵权行为，其中既包括侵害著作人身权的行为，也包括侵害著作财产权的行为，那是不是所有这些侵权行为均要承担赔礼道歉的法律责任呢？单纯从法律条文看，似乎是如此。

然而，该法律规定的原文，在承担何种责任之前，还有一个条件是“应当根据情况”，那要根据什么情况呢？

这就需要回溯到赔礼道歉作为一般民事责任承担方式的相关规定。如前所述，赔礼道歉仅适用于人格权益受侵害的情形，因此在这 19 项侵权行为中，只有侵害了著作人身权的行为，才能适用赔礼道

歉的责任承担方式，而仅侵害著作财产权的，不能适用。

司法实践中也普遍持这一观点，比如《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》第 8.15 条明确指出，“侵害著作人身权或者表演者人身权的，可以判令被告承担赔礼道歉的民事责任”；还比如在（2018）沪 73 民终 337 号案件中，上海知识产权法院认为，“赔礼道歉系针对侵害人身权利的民事责任承担方式，本案中，被上诉人侵害了上诉人就相应作品享有的复制权和信息网络传播权，并未涉及对人身权利的侵害，一审判决对赔礼道歉诉请不予支持，并无不当”。

知 识 产 权



（三）并非所有侵害著作人身权的行为 均必须判令赔礼道歉

赔礼道歉作为一种侵权人承认侵权并表达歉意的责任承担方式，通常是在侵

权人故意侵害他人人身权利的情况下适用，也就是说，并不是只要侵害著作人身权就一定要进行赔礼道歉。在最高人民法院公布的典型案例，即（2011）东民初字第 05321 号谈笑靖与北京市新华书店王府井书店、珠海出版有限公司著作权权属、侵权纠纷案中，针对被告侵犯原告署名权、复制权和发行权的行为，北京市东城区人民法院认为被告侵害署名权“具有客观原因，该认知错误非被告自身所能避免”，因此对原告要求被告赔礼道歉的诉讼请求不予支持。

所以，在著作权侵权案件中，只有侵害著作人身权，才有可能导致赔礼道歉，但侵害著作人身权并不必然导致赔礼道歉，还需要考量其他情形。假如通过赔偿损失或者消除影响等责任承担方式，足以弥补权利人的损失，则不必适用赔礼道歉。

另外，如果侵权人在诉讼过程中已经通过口头或书面等方式进行了致歉的，除非侵权行为极为恶劣，原则上也不再需要法院另行判令赔礼道歉。

三、赔礼道歉的适用主体

赔礼道歉是针对精神损害的救济，其作用在于弥补精神痛苦，自然人作为具有尊严、情感、自由等精神利益的主体，当然可以请求赔礼道歉。然而，对于法人或者非法人组织等非自然人主体，其是否有权主张赔礼道歉，在理论和实务中均存在着巨大的争议。

有观点认为，非自然人并不存在心理意义上的“精神”，也就不存在精神痛苦的问题，因此，对侵权行为其可以要求侵权人承担消除影响或者恢复名誉等责任，但只有自然人才可以请求赔礼道歉。许多法院持这一观点，比如在（2011）民申字第 670 号案件中，最高人民法院认为“开心人公司主张赔礼道歉的责任承担方式一般适用于自然人而非法人”；在（2016）沪 73 民初 771 号案件中，上海知识产权法院认为“赔礼道歉责任主要适用于自然人人身权受侵害的情形，其意义在于当权利人非财产性权利受损而通过金钱赔偿不足以救济时，可以通过侵权人的赔礼道歉以缓解权利人的精神痛苦。”等等。

也有观点认为，法律明确肯定法人的名称权、名誉权、荣誉权等人身权利，而诸如恢复名誉、赔礼道歉以及精神损害赔偿这些责任形式主要就是为了保护人身权利才设计出来的，因此，赔礼道歉对法人也同样适用。在（2022）京 73 民终 791 号案件中，北京知识产权法院维持了北京互联网法院作出的判令被告“晓明筑梦公司于本判决生效之日起七日内向啊哈娱乐公司书面赔礼道歉”的判项，对法人主张赔礼道歉予以了支持；在（2018）粤民终 137 号《梦幻西游》著作权侵权及不正当竞争纠纷中，虽然法院未支持原告关于要求被告赔礼道歉的诉请，但广东省高级人民法院认为，“消除影响、赔礼道歉适用于著作权人身权被侵害，导致作为自然人的著作权人精神利益受损，或者作为法人的著作权人的商誉受损的情形，不适用著作权财产权被侵害的情形”，明确了法人也可主张赔礼道歉。

本文认为，从赔礼道歉的功能来看，应当认定只有自然人才可以请求赔礼道歉。我国《最高人民法院关于确定民事侵



权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第5条规定：“法人或者其他组织以人格权利遭受侵害为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院不予受理。”虽然该规定仅明确了对法人或者非法人组织主张赔偿精神损害的不予受理，并未明确规定赔礼道歉不适用于法人或者其他

组织，但这一规定所体现的态度和逻辑基础是，法人或者其他组织并不存在精神痛苦，无须以精神损害赔偿金的方式进行弥补，由此可理解赔礼道歉这种针对精神损害的救济也同样不适用于法人或者其他组织。

赔礼道歉是一项长期以来饱受争议的责任承担方式，尤其在知识产权领域，也是我国特有的责任承担方式。为避免赔礼道歉在争议解决中所带来的不利影响，实践中，应当根据案件的具体情况，充分考虑赔礼道歉的功能与目的，在符合法律规定的原则和精神的前提下，谨慎适用，不能随意扩大赔礼道歉的适用范围。

孙志勇 律师

上海七方律师事务所 律师

七方知识产权法律服务部 主任

上海律协知识产权业务研究委员会委
员

首批上海海外知识产权纠纷

应对指导专家

业务方向:知识产权、合同法、公司法

联系方式:18918887908





医者仁心 律者思方



主 编：王晓鹏

编 辑：吕新雅、朱好婕、王睿、岑玉姣

主办单位：上海七方律师事务所

电 话：021-56782789

网 址：www.7-dimension.com

地 址：上海市徐汇区肇嘉浜路789号均瑶国际广场28楼C、D座